

DISSERTAÇÃO  
MESTRADO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO FISCAL



As Assimetrias Híbridas e os desafios ao legislador  
português para o combate impostos pelas Diretiva  
(UE) 2016/1164 e Diretiva (UE) 2017/952

Orientadora: Prof. Doutora Ana Paula Dourado

Mestranda: Cíntia Vaz Lima

Lisboa, 2020

## **AGRADECIMENTOS**

“A maior herança que se pode deixar a um filho são os estudos”

Edir Gonçalves.

Aos meus pais Silvana, Marilene e Edir, aos meus queridos irmãos Anderson, Joice e Robson, minha maior gratidão, meu amores, por darem sentido a vida, o amor incondicional, por estarem ao meu lado e por sempre me apoiarem, mesmo estando longe.

Agradecimento ao meu amor, meu marido Kasper van der Knaap, por sempre sonhar juntos e por sempre apoiar um ao outro na concretização desses sonhos. Por ser meu melhor amigo, pelas críticas construtivas, pelo incentivo de seguir sempre em frente. E que juntos somos mais fortes, somos um time.

À minha família Vaz, Bastos e Filgueiras e aos meu amigos brasileiros que mesmo longe me fazem sentir mais forte com sua simplicidade e pelo belo sorriso no rosto que irradia felicidade. A minha família e amigos holandeses, que sempre estavam presentes, sempre me mostrando que posso ser mais forte, bastava um café, um abraço e três beijinhos.

Em especial aos meus amigos brasileiros que Portugal me deu a oportunidade de conhecer e levar para toda minha vida. Thaynara, Karla, Renata, Lídia, Yanko e João, agradeço à vocês por toda força, compreensão, e por me mostrarem que nós brasileiros não desistimos nunca.

À Sra. Dra. Professora Ana Paula Dourado, orientadora do presente trabalho, por toda a disponibilidade, incentivo, pelo apoio na investigação do tema da tese e principalmente um agradecimento pela oportunidade, boa vontade por me guiar no mestrado e nesta tese, podendo concluir com sucesso.

Aos demais professores do mestrado, demonstrando serem profissionais exemplares e de alto saber jurídico, em especial Dr. Prof. Gustavo Lopes Courinha, e o Dr. Prof. José Renato Gonçalves. E a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para o sucesso da conclusão desse objetivo.

## RESUMO

Com a presente tese pretendemos estudar, o modo como compreendemos, os chamados *hybrid mismatches* – assimetrias híbridas, com o intuito de especificar adequadamente o enquadramento jurídico dos mesmos no plano doméstico e internacional.

O nosso objeto de estudo são as assimetrias híbridas na dimensão tributária internacional, explanando e aprofundando os aspetos mais relevantes do regime, introduzindo o combate às assimetrias híbridas feito pelas Recomendações da Ação 2 do BEPS e a coordenação com as outras ações. No âmbito da UE, A Diretiva (UE) 2016/1164 que estabelece as regras de práticas de elisão fiscal que incidem diretamente no funcionamento do mercado interno, no que refere as assimetrias híbridas (artigo 9º), e a Diretiva (UE) 2017/952, de 29 de maio 2017, que altera a ATAD de 2016, no que respeita apenas a assimetria híbridas em relação a países terceiros. Faremos ainda uma análise sobre os casos que caracterizam o enquadramento de assimetrias, entidades e instrumentos híbridos, e a origem de uma série de efeitos típicos inerentes às assimetrias híbridas. O objetivo é compreender os desafios que são colocados aos Estados-Membros da UE quanto a essa alteração e, uma vez que alguns países promovem investimentos internacionais, qual o impacto causado ao implementar essa nova diretiva. Não podemos esquecer que Portugal possui diversas convenções que ajudam a evitar dupla tributação conferindo segurança jurídica na relação entre os países envolvidos. Existem diversas abordagens que poderiam ser analisadas neste estudo sobre a implementação da ATAD.

Finalizando, são abordadas a centralização na questão das assimetrias híbridas e são investigadas a implementação do artigo 9º e sua alteração concretizada numa nova ATAD II, uma nova legislação direcionada especificamente a países terceiros, apresentando uma exposição destes países e o seu entendimento dessa nova legislação e da neutralização dos efeitos das assimetrias híbridas.

Palavras-chave: Antiabuso; Assimetrias híbridas; BEPS; Diretiva (UE) 2016/1164; Diretiva (UE) 2017/952; Entidades híbridas, transparência fiscal.

## **ABSTRACT**

This thesis aims to study, understand and know how to apply hybrid mismatches. The purpose is to specify the legal framework at domestic and international levels.

Our object of study are the hybrid mismatches in international taxation, explaining and deepening the most relevant aspects of the regime, introducing or counteracting the hybrid mismatches made by the Recommendations for the BEPS Action 2 and other actions. Within the EU, Directive (EU) 2016/1164, defines rules as enforcement practices that directly affect the functioning of the internal market, which refers to hybrid mismatches (Article 9) and Directive (EU) 2017/952 from 29 May 2017 amending the 2016 ATAD, which concerns only hybrid mismatches between third countries. It also analyzes the cases that characterize the framing of hybrid mismatches, entities, instruments and a source of a series of typical effects inherent to hybrid mismatches.

The objective is to understand the challenges that the EU Member States are facing concerning this change and, since some countries promote international investment, this might have an impact on implementing this new directive. We must not forget that Portugal has several conventions to avoid double taxation which bring legal certainty in the relationship between the countries involved. Several approaches can be analyzed in this study about the implementation of ATAD.

Finally, it addresses the centralization of hybrid mismatches' issues and investigates the implementation of Article 9 and its resulting amendment in a new ATAD II, a new regulation directed to third countries, including exposure to third countries and its value on this new legislation in what concerns the neutralization hybrid mismatches effects.

Key-words: Anti-abuse; BEPS; Directive (EU) 2016/1164; Directive (EU) 2017/952, Hybrid entities, Hybrid Mismatch Arrangements, Tax transparency.

## Índice

<b>Listas de Siglas e Abreviaturas</b>	<b>9</b>
<b>1. Introdução</b>	<b>11</b>
1.1 Primeira aproximação ao tema .....	11
1.2 Metodologia .....	18
1.3 Sequência .....	19
<b>2. Assimetrias Híbridas</b>	<b>21</b>
2.1 Categorias de “assimetrias” .....	22
2.1.1 Entidades Híbridas .....	24
2.1.2 Entidades com dupla residência fiscal e Estabelecimento Estável Híbrido	26
2.1.3 Transações híbridas .....	28
2.2 Efeitos dos acordos das assimetrias híbridas .....	29
2.2.1 Dupla Dedução .....	30
2.2.2 Dedução/não inclusão .....	33
2.2.3 Criação de créditos por dupla tributação internacional. ....	36
<b>3. Erosão de base tributável e transferência de lucros</b>	<b>39</b>
3.1 O Plano de Ação BEPS .....	43
3.1.1 Ação 2 – Neutralização dos efeitos dos acordos das assimetrias híbridas	47
3.2 Coordenação entre as Regras CFC e os Acordos Anti Assimetrias Híbridas	50
3.3 Relação entre a Ação 2 e a Ação 4 .....	59
<b>4. Diretiva Anti Evasão Fiscal</b>	<b>65</b>
4.1 Objetivo e propósito .....	73
4.2 O regime do artigo 9º da ATAD 1 .....	75
4.3 Os problemas nas relações com países terceiros .....	84
4.4 Transposição da Diretiva (UE) 2016/1164 .....	87
<b>5. Diretiva Anti Evasão Fiscal 2</b>	<b>88</b>
5.1 Entidades Híbridas .....	90
5.2 Entidades de Assimetrias híbridas inversas .....	92
5.3 Medidas contra incompatibilidades de entidades híbridas .....	96
5.3.1 Entidade híbrida com pagamentos desconsiderados (resultado D/Ni).....	96
5.3.2 Entidade Híbrida Inversa na UE (rendimento D/Ni outcome) .....	99
5.3.3 Entidade híbrida inversa em país terceiro (resultado D/Ni) .....	102
5.4 Transposição da Diretiva (UE) 2017/952 .....	103
5.4.1 Implementação das ATAD’s em Portugal .....	104
<b>6. Instrumento Multilateral</b>	<b>107</b>
6.1 O Instrumento Multilateral e a Ação 2 .....	108

<b>7. Conclusão</b>	<b>112</b>
<b>Bibliografia:</b>	<b>117</b>
Outras fontes: .....	122
Legislação Europeia .....	125
Legislação Nacional .....	126
Jurisprudência:.....	127



## Listas de Siglas e Abreviaturas

• ATAD 1	<i>Anti-Tax Avoidance Directive 1</i>
• ATAD 2	<i>Anti- Tax Avoidance Directive 2</i>
• ATAD´S	ATAD I and ATAD II
• BEPS.	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
• CE	Comissão Europeia
• CEE	Comissão Económica Européia
• CbCR	<i>Country-by-Country Reporting</i>
• CFC- rules	<i>Controlled Foreign Corporation rules</i>
• EBITDA	<i>Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization</i>
• EEE	Espaço Económico Europeu
• EM	Estado-Membro
• ETR	<i>Effective tax rate</i>
• GAAR	<i>General Anti-Abuse Rules</i>
• IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
• IRS	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
• MLI	<i>Multilateral instrument</i>
• OCDE	<i>Organization for Economic Cooperation and Development</i>
• TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
• TFUE	Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
• UE	União Européia
• Vd.	Vide

## Lista de Figuras

Figura 1.....	31
Figura 2.....	33
Figura 3.....	35
Figura 4.....	36
Figura 5.....	38
Figura 6.....	71
Figura 7:.....	75
Figure 8.....	122
Figura 9.....	124
Figura 10.....	127

## 1. Introdução

### 1.1 Primeira aproximação ao tema

O fenómeno da globalização veio alterar a passos largos a estruturação das transações económicas à escala mundial. As origens da globalização crescente ocorreram principalmente pelas mudanças políticas, pelo grande fluxo de informação, desencadeado pela tecnologia da informação, que provocou a expansão da comunicação entre as pessoas em redor do mundo, e acelerou as mudanças feita pelas corporações multinacionais.

Este acontecimento intensificou-se com a integração regional europeia<sup>1</sup> e a liberalização do comércio e dos movimentos de capitais<sup>2</sup> a nível mundial, reduzindo assim, não somente as fronteiras físicas como outros obstáculos económicos e jurídicos. À medida que a globalização progride torna-se evidente que os modelos políticos não se apresentam preparados para combater os riscos, desigualdades e os desafios que vão além das fronteiras nacionais. E, quando se passa esta fronteira, verifica-se uma divergência entre as jurisdições, principalmente a nível de matéria tributária, tornando-se um dos maiores desafios que os Estados da União Europeia, os Estados-Membros da OCDE, incluindo os países terceiros, como por

---

<sup>1</sup> Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal, Lições*, Almedina, 2017, 2ª edição. 7- *Direito Fiscal, Pluralismos Jurídicos e Globalização*, mostra que os desafios que o direito fiscal português enfrenta são os mesmos que os outros Estados-Membros da UE e a OCDE enfrentam com a globalização e com as especializações das funções que as multinacionais desempenham. pp.23-24

<sup>2</sup> De acordo com *Ben J. M. Terra and Peter J. Wattel, European Tax Law, sixth edition, Wolters Kluwer, "The freedom of payments is complementary to the four main freedoms (goods, services, persons and capital), (...), Third State capital movement is free as well"* pp.51- 52 ainda sobre o tema, João Sérgio Ribeiro refere que se deve evitar qualquer discriminação ou restrição com base na nacionalidade, que se traduza numa violação de uma das cinco liberdades económicas, mercadorias (artigo 28º e segs. TFUE), circulação de trabalhadores (artigo 49º e segs. TFUE), de prestação de serviços (art. 56º e segs.) e a liberdade de circulação de capital (artigo 63º e segs.) (...) As restrições a esta liberdade são proibidas exatamente da mesma forma, independentemente de estarem em causa Estados-Membros ou Estados terceiros", Cfr. Acórdãos *Sanz de Lera, Skatteverket v. A*, C-101/05. pp. 27-56.

exemplo o Brasil<sup>3</sup>, enfrentam na decisão sobre a determinação da operação ou da transação feita.

É um facto que a globalização e a digitalização contribuíram muito para o enorme crescimento das empresas multinacionais. E são justamente estas empresas multinacionais que precipitaram então o debate, uma vez que começaram a fazer transferências de ativos, funções e riscos e as mudanças de presença noutro país.

No entanto, essas movimentações, físicas e financeiras, utilizadas pelas empresas multinacionais, são na verdade frequentemente utilizadas para evitar o pagamento de impostos, num determinado ou em vários países, e muitas vezes nos países onde as multinacionais possuem relações, os sistemas fiscais estão aquém do planeamento fiscal<sup>4</sup> que as multinacionais utilizam por forma a não pagar o imposto devido.

---

<sup>3</sup> Luís Eduardo Schoueri, Ricardo André Galendi Júnior, *BRAZIL, "Brazilian legislation does not define avoidance, tax planning, abusive tax planning or aggressive tax planning. Neither is there clarification on the issue in administrative regulations. Despite the pressure by international organizations as to develop domestic mechanisms to confront abusive tax behaviour and the increasing demand of the Government for tax revenues, Brazilian tax authorities have failed to come up with a domestic law solution compatible with the National Tax Code. This statement does not mean that the Brazilian authorities have failed to combat tax avoidance, but rather that it has carried out such crusade by means whose legality is quite questionable."*, pp.01-25 Disponível em: [http://www.eatlp.org/uploads/public/Brazil%20\(2%20Dec%202015\).pdf](http://www.eatlp.org/uploads/public/Brazil%20(2%20Dec%202015).pdf), e Sérgio André Rocha, *Countries's Aggressive Tax Treaty Planning: Brazil's Case*, "Even though the concept of aggressive tax planning is still a little blurred, it does seem that one element of the driving criteria for its identification is that the structure or business model is based solely and purely on tax avoidance. Considering Brazil's actions to avoid treaty obligations, I believe it is clear that they are an example of State aggressive tax planning. An initial position opposing this interpretation could be that Brazil did nothing unconstitutional or illegal, or literally against its tax conventions. However, this is the same rebuttal any taxpayer would make to support aggressive tax planning."pp. 337, *Intertax*, VI. 44, I. 4, 2016.

<sup>4</sup> O planeamento fiscal consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por ação intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais. O planeamento fiscal ilegítimo consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar os princípios ou regras do ordenamento jurídico tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo, - SANCHES, J.L.S., "Os limites do planeamento fiscal", Coimbra Editora 2006, pp. 21-22.

Esse planeamento fiscal agressivo é considerado uma forma de Erosão das Bases Fiscais através da transferência interestadual de lucros (o comportamento designado em inglês por *Base Erosion Profit Shifting* - BEPS)<sup>5</sup>. Essa Erosão consiste na criação de verdadeiras ficções com o propósito de assegurar que a totalidade da tributação não seja efetuada ou que haja o fenómeno de dedutibilidade numa jurisdição mas que na outra jurisdição não seja incluído na base tributável do outro Estado. Ou seja, esses grandes contribuintes organizam as suas estruturas de forma a poderem beneficiar de taxas de tributação mais reduzidas, incluindo as duplas deduções ou a deduzir sem a devida inclusão<sup>6</sup>. E um dos aspetos que é essencial a essa realidade é o critério de residência<sup>7</sup>, que pode ser facilmente manipulável, assumindo, em virtude do exposto, particular relevância nas decisões, não somente no âmbito económico como principalmente pelas razões fiscais.

Deste modo, os contribuintes acabam por tirar vantagem das assimetrias entre os sistemas fiscais dos Estados com o intuito de reduzir a sua fatura fiscal. Normalmente, a falta de harmonização entre as jurisdições fiscais, conduz por vezes

---

<sup>5</sup> OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013 Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>; Gustavo Lopes Courinha, Estudos de Direito Internacional Fiscal, AAFDUL Editora, 2015, “A temática da Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) reveste grande novidade e atualidade, representando uma pretensão de importante mudança de concessões jurídicas e de política fiscal face à regulação fiscal internacional”, pp- 291.

<sup>6</sup> De acordo com a *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements- Action 2: 2015 Final Report*, “Payments that give rise to a double deduction outcome (DD outcome), i.e. payments that give rise to two deductions in respect of the same payment and Payments that give rise to an indirect D/Ni outcome, i.e. payments that are deductible under the rules of the payer jurisdiction and that are set-off by the payee against a deduction under a hybrid mismatch arrangement.” pp. 17.

<sup>7</sup> A esse respeito, vd. Alberto Xavier, Direito Tributário Internacional, 2017, 2ª edição atualizada, Com colaboração de: Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier, “§ 2º Os elementos de conexão nos impostos sobre o rendimento e o capital, a) Os princípios da fonte e da residência, (...) e o país onde reside o titular dos fundos fornecidos e que auferem a renda dos capitais investidos no exterior- o país de residência”, pp. 227/228.

a situações de dupla tributação internacional<sup>8</sup> (designadas como CDT's: Convenções em matéria de Dupla Tributação) e até a situações menos comuns, considerando ainda as assimetrias entre os sistemas fiscais, como a dupla não tributação internacional, que pode causar casos de assimetria na aplicação de uma CDT.

De forma genérica, a forma de dupla não tributação designada por “acordos de assimetrias híbridas” (“*hybrid mismatch arrangements*”<sup>9</sup>), consiste na obtenção de uma situação de vantagem de onde resultam, como referido anteriormente, o resultado das diferenças de tratamento tributário de determinados instrumentos, entidades ou operações que ocorrem em duas ou mais jurisdições. As assimetrias híbridas corroboram para o grande impacto nas receitas tributárias de diferentes Estados, e por isso este tema inflama debates e discussões, principalmente no plano internacional.

E, justamente no plano internacional, o combate ao planeamento fiscal agressivo vem desempenhando um papel fundamental. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) tem vindo a desenvolver um modelo complementar onde existe uma cooperação para melhorar alguns aspetos ligados ao cumprimento tributário voluntário e à prevenção da evasão fiscal, fraude fiscal e ao planeamento tributário agressivo, considerado um conceito chapéu<sup>10</sup> que abarca a elisão fiscal ou abuso fiscal e as lacunas, inclusive na aplicação de medidas no contexto dos países em desenvolvimento<sup>11</sup> e nos países que não fazem

---

<sup>8</sup> Vide nº 7, Dupla tributação internacional por Alberto Xavier, consiste “As normas em concurso devem pertencer a ordenamentos tributários distintos, dando origem a uma “colisão de sistemas fiscais” - quer esses ordenamentos correspondam a Estados soberanos - e temos a dupla tributação internacional.” pp.37.

<sup>9</sup> A expressão é traduzida pela Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 como “assimetrias híbridas”.

<sup>10</sup> Vide nº 1, no qual demonstra que “o planeamento fiscal agressivo é um conceito chapéu que abarca a elisão ou abuso fiscal e as lacunas causadas pela interação de mais do que um ordenamento jurídico” pp.55.

<sup>11</sup> Vide nº 3, “*Tax planning were judged on the basis that, if no specific legal concept were applicable to the case, the structure would be legitimate. Indeed, Brazilian scholars have historically rejected the application of an “economic interpretation”, as it would supposedly “destroy what is legal in tax law”.*

parte da OCDE. No plano interno, este combate tem sido levado a cabo pelas administrações tributárias nacionais.

No Plano de Ação do BEPS, que a OCDE, acabou por apresentar no ano de 2013, o *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*<sup>12</sup>, nos quais foram apresentados 15 ações, desenvolvidas em conjunto com o G20, ações que conferem aos governos instrumentos nacionais e internacionais para tratar da elisão fiscal, garantindo que os lucros sejam tributados onde as atividades económicas que geram esses lucros são realizadas e onde o valor é criado<sup>13</sup>. As 15 ações do projeto BEPS, pretendem colmatar lacunas e disparidades, para assim evitar duplas não tributações e transferência de lucros, que possam constituir o planeamento ou o abuso fiscal. É importante ressaltar que as ações e as recomendações que delas emanam estão relacionadas entre si, não existindo uma ordem de prioridade entre as mesmas.<sup>14</sup>

A Ação 2 (*“Neutralizing the effects of hybrid mismatch arrangements”* - Neutralização dos efeitos dos acordos das assimetrias híbridas) pretende reduzir a frequência das incompatibilidades híbridas e neutralizar os efeitos dos dispositivos de incompatibilidade híbridas. O Relatório de 2017 (*“Neutralizing the effects of Branch mismatch arrangements, Action 2”*)<sup>15</sup> apresenta as recomendações para as regras de incompatibilidade e as estruturas de incompatibilidade conforme o

---

<sup>12</sup>Vd. OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrids Mismatch Arrangements Action 2- 2015 Final Report*, OECD/20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris Foreword: *“a weakness in the current rules create opportunities for base erosion and profit shifting (BEPS), requiring bold moves by policy makers to restore confidence in the system and ensure that profits are taxed where economic activities take place and value is created”*.

<sup>13</sup> (OECD, 2019) Os Relatórios sobre as 15 Ações estão disponíveis em: <https://www.oecd.org/ctp/beps-actions.htm>

<sup>14</sup> Vd. nº 1, pp 60-61.

<sup>15</sup> *Neutralizing the effects of Branch mismatch arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, In series: *OECD/G20 Base Erosion and Profit and Profit Shifting Project*, Published on July, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/neutralising-the-effects-of-branch-mismatch-arrangements-action-2-9789264278790-en.htm>

Relatório de 2015, sobre a neutralização dos efeitos dos acordos de incompatibilidade de híbridos.

O Relatório final contém duas partes. A primeira parte contém as informações para as mudanças que devem ocorrer no âmbito do direito interno, enquanto que a segunda parte versa sobre as alterações de acordo com o Modelo de Convenção Fiscal da OCDE<sup>16</sup>.

Segundo o Relatório de 2017, foram identificados cinco tipos básicos de acordos de incompatibilidade que dão origem a um dos três tipos de assimetrias:

- A *primeira assimetria* resulta de dedução/não inclusão (D/NI), por exemplo, quando o pagamento é caracterizado como um pagamento de juros num Estado ele será dedutível, enquanto que no outro Estado é considerado um dividendo e, por isso, isento de tributos.
- A *segunda assimetria* ocorre a partir de uma dupla-dedução (DD), prevista quando o pagamento aciona duas deduções em relação ao mesmo pagamento.
- A *terceira assimetria* resulta da dedução indireta - não inclusão (D indireta/ NI), quando o rendimento de um pagamento dedutível é compensado pelo beneficiário em contrapartida de uma dedução ao abrigo de um acordo de incompatibilidade híbrida.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> O Modelo de Convenção fiscal sobre o rendimento e o património da OCDE, tem como principal objetivo resolver de maneira mais uniforme possível as questões suscitadas no domínio da dupla tributação jurídica internacional. De acordo com a OCDE, os Estados-Membros deverão seguir as recomendações quando celebrarem novas convenções bilaterais ou devem rever as convenções já existentes, devem atender ao “Modelo de Convenções à luz da interpretação feita nos Comentários e tendo em atenção as reservas deles constantes, e as respetivas administrações fiscais devem seguir os referidos Comentários (...)” pp. 13-14. Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada. 216/ Caderno de ciências e técnica fiscal, 15 de julho de 2014, OCDE.

<sup>17</sup> *Neutralizing the effects of Branch mismatch arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS, In series: OECD/G20 Base Erosion and Profit and Profit Shifting Project, Published on July, 2017, pp 10-11 Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-branch-mismatch-arrangements-action-2\\_9789264278790-en#page11](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-branch-mismatch-arrangements-action-2_9789264278790-en#page11),*



Com a Ação 2 do Projeto BEPS, a OCDE cria um alinhamento no que concerne ao tratamento fiscal dos pagamentos híbridos entre os Estados-Membros. A neutralização abrange todos os sujeitos passivos e, nos casos de dedução de pagamentos, não haverá isenção de dividendos, sendo que nesses casos não há dupla tributação económica<sup>18</sup> e por isso não faz sentido falar da sua eliminação. Este Plano BEPS, também inclui esforços para fazer alterações na Diretiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes<sup>19</sup>, e uma disposição específica na Diretiva Anti Evasão Fiscal (*Anti-Tax Avoidance Directive* – ATAD)<sup>20</sup>. A ATAD propõe seis medidas anti-abuso que vinculam os Estados-Membros a aplicarem juridicamente as formas contra o planeamento fiscal agressivo, sendo o principal objetivo a criação de um nível mínimo de proteção em todo espaço da UE. Em consequência, na ATAD estão previstas medidas destinadas ao combate das assimetrias híbridas não apenas no plano interno dentro da UE. O artigo 9º da desta Diretiva, abrange certas assimetrias híbridas:

---

<sup>18</sup> Vide nº 7, A Dupla tributação poderá ser jurídica ou económica, a primeira é sobre o mesmo imposto, com incidência sobre o mesmo sujeito, relativamente ao mesmo rendimento e ao mesmo período. Na dupla tributação económica observa-se a existência do mesmo rendimento sendo tributado mais do que uma vez em diferentes sujeitos passivos. Para Alberto Xavier, “exige para a existência de dupla tributação , a identidade do sujeito, distinguindo assim a dupla tributação jurídica (...) - em que essa identidade se verifica - e a dupla imposição económica ou sobreposição de impostos (...) - em que a identidade do objeto coexiste com a diversidade dos sujeitos.” pp. 35-36.

<sup>19</sup> Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, disponível na íntegra em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0096>

<sup>20</sup> Em 28 de janeiro de 2016, a Comissão apresentou a proposta relativa à prevenção dos efeitos fiscais, e em 12 de julho de 2016, o Conselho adotou a Diretiva (UE) 2016/1164 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/1164/oj>

## Artigo 9.º

### Assimetrias híbridas

1. Na medida em que uma assimetria híbrida resulte numa dupla dedução, a dedução é concedida apenas no Estado-Membro em que esse pagamento tem origem.
2. Na medida em que uma assimetria híbrida resulte numa dedução sem inclusão, o Estado-Membro do pagador recusa a dedução desse pagamento.

No entanto, os Estados-Membros concordaram na alteração do artigo 9º, em 21 de fevereiro de 2017, uma vez que este artigo abrange certas assimetrias híbridas e, após a alteração, haverá um alargamento no âmbito da sua aplicação. Devido às disparidades entre os Estados-Membros da UE e entre países terceiros, essa nova ATAD prevê regras que também estão de acordo com as recomendações no Relatório da OCDE sobre a neutralização dos efeitos das assimetrias híbridas, esta alteração prevista ser designada de ATAD II, Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017<sup>21</sup>, que altera a Diretiva 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros.

## 1.2 Metodologia

Após a delimitação do objetivo do nosso trabalho, apresentamos a metodologia utilizada para o estudo. Trata-se de uma questão que implicou uma análise, e que durante a investigação do que são as assimetrias híbridas, foi uma temática que se relacionou com outras áreas do direito.

As assimetrias híbridas fazem parte de um grupo de questões que estão associadas ao já mencionado Relatório do BEPS, feito pela OCDE. Sendo assim, o tema foi tratado, através de pesquisas e análises de revisões bibliográficas, inclusive

---

<sup>21</sup> ATAD II Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32017L0952>

artigos doutrinários, respostas dadas as questões de organizações internacionais, como a União Europeia e a OCDE, e análise de jurisprudências do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por forma a conseguir uma base sólida foi necessária uma reflexão, pesquisa e análise para tentar oferecer respostas a inúmeras questões que foram levantadas no decorrer do estudo do tema. A neutralização dos efeitos híbridos foi um dos focos do estudo e, conhecendo a base sólida para retirar conclusões com base nas interpretações do direito dos Estados-Membros e do direito interno, o segundo foco foi o estudo da ATAD I e ATAD II, sobre os princípios, conceitos e doutrinas relevantes em relação às estruturas de incompatibilidade híbrida, incluindo a exposição das respetivas diretivas relacionadas com o presente estudo.

### **1.3 Sequência**

No que respeita ao nosso objetivo, tratou-se precisamente de analisar e compreender os atuais desafios e levantar algumas questões e, a título de estudo, houve a necessidade de elencar algumas questões de investigação que ajudaram a compreender o que são efetivamente as assimetrias híbridas e quais desafios que os Estados-Membros vão enfrentar com a nova legislação sobre o tema.

Desta forma, iremos primeiramente abordar o enquadramento das assimetrias híbridas, demonstrando as situações em que ocorrem e classificaremos os tipos de assimetrias. De seguida, iremos abordar e apresentaremos as propostas do BEPS, analisando as medidas por ela recomendadas e, posteriormente, tratamos do regime da Diretiva (UE) 2016/1164, a norma relativa a entidades e instrumentos híbridos, sobre os problemas e dúvidas que dela resultam. Em complemento, iremos abordar a Diretiva (UE) 2017/952 e a razão da necessidade dessa nova legislação e a forma de procedimento sobre as assimetrias híbridas relacionados com países terceiros.

Por fim, e tendo em conta que os Estados-Membros adotaram as disposições da ATAD até o dia 31 de dezembro de 2018, apresentaremos a alteração legislativa na legislação interna e o novo projeto de lei, e consideraremos também a mudança

da norma legislativa no que concerne aos dispositivos de assimetrias híbridas em situações que envolvam países terceiros.

## 2. Assimetrias Híbridas

Nas últimas décadas assistimos a um aumento na sofisticação da estrutura das transações transacionais. O planeamento fiscal agressivo é cada vez mais utilizado para obter benefícios fiscais e uma forma comum de planeamento tributário é a utilização de uma das assimetrias híbridas. Atualmente, as assimetrias híbridas são consideradas um problema, sendo o termo utilizado para descrever o desfasamento de uma entidade entre países como consequência das diferenças na legislação. Por isso, os híbridos são tão utilizados como esquema de planeamento fiscal para determinadas operações que possuem a finalidade de melhorar a eficiência de não pagamento de tributos.

As assimetrias híbridas sempre fizeram parte do cenário internacional, devido à relutância de alguns países na questão da soberania tributária. Muitas vezes, a incompatibilidade acontece no modo como a lei tributária é interpretada. Em determinados momentos, os países promovem investimentos fiscais para atrair um maior número de investimentos ou negócios para dentro do seu país.

A utilização de das assimetrias híbridas começou a ser percebida no rescaldo da crise financeira, quando os Estados começaram a ser mais protecionistas relativamente à utilização de dispositivos híbridos<sup>22</sup>. Ao longo dos anos foram sendo noticiados grandes escândalos no âmbito fiscal, como o *Panama Papers*<sup>23</sup> e o *LuxLeaks*,<sup>24</sup> que chamaram a atenção do público e dos governos por colocarem em evidência grandes esquemas para o não pagamento de impostos, o que pode resultar numa erosão substancial da base tributável dos contribuintes corporativos.

Sendo a motivação fiscal normalmente predominante, existem, no entanto, outras razões para o uso do mesmo recurso, por exemplo, a possibilidade de

---

<sup>22</sup>OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements, Tax Police and Compliance Issues*, march 2012. Acessível em: [https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf)

<sup>23</sup> V.d Obermaier, Frederik, *Panama Papers, Breaking the Story of How the Rich e Powerful Hide their Money*, Oneworld Classics, 2017.

<sup>24</sup> Mais sobre o tema na Resolução de 25 de novembro de 2015 do Parlamento Europeu, [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0408\\_EN.html?redirect](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0408_EN.html?redirect)

redução dos custos de financiamento, cobertura de riscos económicos e negociais, a necessidade de aperfeiçoamento dos fluxos de capital e a oportunidade de investir através do uso de instrumentos<sup>25</sup>.

Por todos estes fatores, começaremos por analisar o aspeto geral, primeiro em relação às consequências e aos efeitos de todas as assimetrias criadas pelos instrumentos financeiros e o seu efeito, quando ocorre o fenómeno da dedução de um gasto suportado, o que acaba por corresponder a uma não inclusão dos rendimentos.

## **2.1 Categorias de “assimetrias”**

O sistema fiscal internacional apresenta algumas assimetrias e disparidades e, apesar da crescente integração económica no âmbito internacional, essa descoordenação ainda se encontra, principalmente no que se refere ao estabelecimento de se o direito à tributação deve ser repartido entre o Estado de origem dos rendimentos da fonte (princípio da fonte) e o Estado de residência do titular desses rendimentos (princípio da residência)<sup>26</sup>. A descoordenação pode ocorrer muitas vezes porque há uma pluralidade de elementos de conexão para se definir quem é o legitimado do direito ao imposto, abrindo assim o caminho à dupla

---

<sup>25</sup> PRATS, F. A., “Qualification of hybrid financial instruments in tax treaties”, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, Vol. VIII, N.3, 2011, pp 977-979.

<sup>26</sup> Sobre a legitimidade da pretensão ao imposto do país da fonte e do país da residência, cfr. RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, pp 141-142.

tributação<sup>27</sup> e à dupla não tributação internacional<sup>28</sup>, suscetível de ocorrer quando a fonte e residência estão estabelecidas em países diferentes, o que dá origem à classificação de um determinado ente ou rendimento de modo distinto, sendo que, na classificação, essa descoordenação pode ter como consequência uma vantagem ou uma desvantagem a nível tributário.

Desta forma, é possível descrever os elementos mais comuns dos dispositivos de assimetrias híbridas, através da distinção de quatro categorias de “assimetrias”.

No Relatório estão previstos os tipos de híbridos, sendo um deles o instrumento financeiro híbrido. Um instrumento financeiro<sup>29</sup> é definido como qualquer acordo que foi tributado de acordo com as regras para tributação de uma dívida, património ou aqueles derivados, de acordo com as leis dos Estados-Membros e do Estado-Membro do pagador, incluindo uma transferência híbrida<sup>30</sup>. As outras três i) entidades híbridas; ii) entidades com dupla residência fiscal; e; iii) transações híbridas<sup>31</sup>, serão comentadas a seguir.

---

<sup>27</sup> A dupla tributação é um conceito com que no Direito Tributário se designam os casos de concurso de normas. É habitual distinguir-se entre dupla tributação jurídica internacional - onde um sujeito passivo é sujeito a dois impostos, por referência a um mesmo rendimento - e dupla tributação económica internacional- o mesmo rendimento é sujeito a dois impostos, na esfera de dois ou mais sujeitos passivos diferentes (...) Um exemplo de dupla tributação económica internacional ocorre numa situação em que duas sociedades interdependentes, residentes em dois Estados distintos, se atribuem rendimentos não dedutíveis num deles e tributáveis no outro” Cfr. Alberto Xavier, Direito Tributário Internacional, Almedina, 2ª edição, 2017, pp.31 -36.

<sup>28</sup> Vide nº 27, a dupla não tributação internacional “respeita o fenómeno pelo qual, nas relações entre dois ou mais Estados, cujas leis tributárias são potencialmente aplicáveis a uma certa situação da vida, esta não é efetivamente abrangida por nenhuma delas” pp. 45.

<sup>29</sup> Vide Antunes, José Engrácia, Os Instrumentos Financeiros, Almedina, 2009.

<sup>30</sup> Chapter 1 - Hybrid Financial Instrument Rule - definition of financial instrument and substitute payment. Mais sobre as recomendações para neutralizar os instrumentos financeiros híbridos vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project- Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2- 2015 Final Report, pp.23 e seguintes.

<sup>31</sup> Idêntica classificação é seguida pela OCDE no Relatório “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, march 2012, pp 7. Acessível em: [https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf)

### 2.1.1 Entidades Híbridas

A nível tributário, é necessário esclarecer que existem duas formas de imputação da tributação sobre os rendimentos. Primeiro, a possibilidade de pessoas coletivas serem tributadas ao nível da sociedade de capitais - onde a contribuição de capital do sócio é considerada o elemento decisivo. Em contrapartida, existe a sociedade de pessoas (*partnerships*), onde a pessoa do sócio desempenha um papel tão importante no exercício da atividade social que é difícil fazer a divisão entre o que é sociedade do sócio, sendo essa divisão imperceptível.<sup>32</sup>

Muitos países têm a liberdade para definir os parâmetros que irão estabelecer a capacidade contributiva, da qual vai nascer a obrigação tributária, quais as entidades que estão sujeitas ou não a determinado imposto. Ou seja, cada país tem a sua soberania para decidir quais as sociedades que irá considerar como transparentes e quais irá considerar como opacas, isto é, nem todas as pessoas coletivas serão tributadas ao nível societário (sociedades opacas), enquanto que, por outro lado, são consideradas sociedades transparentes, quando a determinação do lucro tributável na esfera societária, será posteriormente o lucro imputável

---

<sup>32</sup> Sobre essa divisão entre sociedade de capitais e sociedade de pessoas, cfr. J.L. Saldanha Sanches, Manual de Direito Fiscal, Coimbra, 2º edição, pp. 238 e seguintes.



diretamente à pessoa do sócio, tendo assim como consequência a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos aos sócios.<sup>33</sup>

Normalmente, os Estados, adotam uma solução para essa personificação do imposto, sendo assim aplicado o Regime de Transparência fiscal.<sup>34</sup>

Em contrapartida às entidades transparentes, que são tributadas pelos seus rendimentos, as entidades opacas têm a sua tributação na personalidade da entidade, através da separação da imagem do sócio, ou seja, o cumprimento da obrigação principal de pagar o imposto é integralmente imputado à entidade, independentemente dos sócios que não possuem relevância para a apuração da

---

<sup>33</sup> De outra forma, seria tributado num primeiro momento em sede de IRC, de que é sujeito passivo a própria sociedade, e num segundo momento, quando da distribuição, na pessoa do sócio em sede de IRS ou IRC, dependendo da qualidade de pessoa singular ou pessoa coletiva. Percebe-se que aquilo que resulta do Regime de Transparência Fiscal é que este regime visa garantir a neutralidade entre a tributação de pessoas singulares e coletivas, eliminando a dupla tributação económica que decorre da distribuição de lucros aos sócios e combate a evasão fiscal através da criação artificial de sociedades - Crf. NABAI, C, Direito Fiscal, 6ª edição, Almedina 2011, pp. 565. No âmbito interno, sobre o regime de eliminação da dupla tributação económica, poderá ocorrer preferencialmente pelo artigo 51º e seguintes do Código do IRC, que versa sobre a eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos, é conhecido como o método de isenção, devendo ser observados as condições reservadas a esse método para ser aplicável. Além disso, está previsto no Código de IRC, um segundo método de eliminação que é o método que atribui um crédito de imposto, previsto no artigo 91ºA do CIRC. Esse é a *participation exemption*, regime de eliminação da dupla tributação económica em Portugal. Como previsto por Gustavo Lopes Courinha, Estudos de Direito Internacional Fiscal, AAFDL Editora, 2015, pp. 300-304 e Artigos do Código de IRC Disponível em: [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/codigos\\_tributarios/CIRC\\_2R/Pages/irc51.aspx](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/CIRC_2R/Pages/irc51.aspx)

<sup>34</sup> Atualmente o regime de transparência fiscal doméstico encontra-se previsto no artigo 6º do Código de IRC e dispõe o seguinte: 1 - É imputada aos sócios, integrando-se, nos termos da legislação que for aplicável, no seu rendimento tributável para efeitos de IRS ou IRC, consoante o caso, a matéria coletável, determinada nos termos deste Código, das sociedades a seguir indicadas, com sede ou direção efetiva em território português, ainda que não tenha havido distribuição de lucros:

- a) Sociedades civis não constituídas sob forma comercial;
- b) Sociedades de profissionais;
- c) Sociedades de simples administração de bens, cuja maioria do capital social pertença, direta ou indiretamente, durante mais de 183 dias do exercício social, a um grupo familiar, ou cujo capital social pertença, em qualquer dia do exercício social, a um número de sócios não superior a cinco e nenhum deles seja pessoa coletiva de direito público. Disponível em: [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/codigos\\_tributarios/CIRC\\_2R/Pages/irc6.aspx](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/CIRC_2R/Pages/irc6.aspx)

matéria coletável ou da determinação da taxa de imposto que será aplicável a nível societário.

Após o entendimento do regime fiscal das entidades transparentes e das entidades opacas, surge uma assimetria em termos do tratamento da entidade: podem ser tratadas como transparentes (os seus resultados transitam diretamente na esfera dos sócios) num Estado e noutro Estado serem tratadas como entidades opacas (em que os resultados são normalmente tributados na esfera da entidade e podem ser posteriormente distribuídos aos sócios como pagamento de dividendos). Tal possibilidade abre uma vantagem a nível tributário.<sup>35</sup>

### **2.1.2 Entidades com dupla residência fiscal e Estabelecimento Estável Híbrido**

De acordo com os princípios gerais do direito tributário internacional, do princípio da universalidade e do princípio da territorialidade<sup>36</sup>, a residência fiscal de

---

<sup>35</sup> Vd. a definição por Brian J. Arnold in Cooperation with IBFD's Tax Treaty Unit, *Hybrid Entities and the OECD Model (2017): The End of the Road?*, "Hybrid entities, and most especially partnerships, have been a demanding issue in tax law. Deciphering the appropriate outcomes of multiple tax systems interacting with various approaches to classifying taxpayers, computing taxable income and relieving double taxation requires a close examination and a considerable patience. For the avoidance of any doubt, the author wishes to clarify the following key terminology for the purposes of this article: – "fiscally transparent": means an entity that under the domestic law of a contracting state "is not taxed at the level of the entity or arrangement but at the level of the persons who have an interest in that entity or arrangement i.e. the members and/or partners; – "non-transparent": means an entity that under the domestic law of a contracting state is taxed in its own right; and – "conflict of allocation": means instances where one contracting state treats an entity as non-transparent, i.e. a taxable unit in its own right and the other contracting state regards an entity as fiscally transparent, i.e. it disregards the entity for tax purposes and allocates the income to its partners and/or members, *Bulletin for International Taxation*, July 2018, pp.417.

<sup>36</sup> Cfr. nº 27, O princípio da universalidade ocorre quando o residente de um país, seja pessoa singular ou pessoa coletiva, é tributável por todos os seus rendimentos, tanto de fonte interna, quanto de fonte externa que conduziria, assim, a uma extensão "extra-territorial" da lei interna. Enquanto que no princípio da territorialidade, o mesmo sistema fiscal tende a impor uma obrigação limitada aos não residentes, submetendo a imposto apenas os rendimentos decorrentes de fontes localizadas no seu território, sendo caracterizando assim o princípio da territorialidade em sentido restrito ou princípio da fonte, pp. 231-232.

uma entidade é um fator importantíssimo para a determinação do Estado que terá a competência para tributar os rendimentos dessa entidade.

A dupla residência de pessoas coletivas considera que, para uma pessoa coletiva localizada num território, (*dual resident companies*) será necessário fixar um critério de preferência na repartição dos poderes de tributação e, no caso de relações internacionais, as convenções contra a dupla tributação estabelecem que prevalece o critério do local da direção efetiva (*place of effective management*).<sup>37</sup>

É evidente uma dificuldade na resolução de conflitos em matéria de dupla residência de pessoas coletivas e os Estados utilizam por vezes mais do que um critério de conexão, onde é possível que um mesmo ente seja considerado como residente em mais de um Estado. E é a partir desta situação que ocorre a possibilidade de, por um lado, a entidade ser tributada pelo seu rendimento global mais do que uma vez e, por outro lado, pode existir uma possibilidade em que essa entidade poderá deduzir seus custos e incentivos em mais do que um Estado, o que acarretará um benefício para sua sociedade. Ou seja, as entidades apenas possuem dupla residência para fins fiscais.<sup>38</sup> A incompatibilidade de Estabelecimento

---

<sup>37</sup> Cfr. nº 27, De acordo com os comentários ao artigo 4º do Modelo da Convenção da OCDE, o local de direção efetiva corresponde ao lugar onde os negócios são dirigidos ou fiscalizados, isto é, onde são praticados os atos de gestão global da empresa, pp.294-296.

<sup>38</sup> Definição dada pelo Relatório da OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, march 2012, pp. 07. Disponível em: [https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf), além disso esse tipo de desigualdade entre os dois residentes quando ocorre um pagamento num Estado, esse pagamento poderá ser dedutível de acordo com as leis de ambas a jurisdições residentes, levando a uma dupla dedução.

Permanente<sup>39</sup> híbrido ocorre quando uma jurisdição trata as atividades comerciais nela realizadas, como sendo realizadas por meio de um EP, enquanto na outra jurisdição não o faz, levando à falta de tributação sem a devida inclusão, à dupla dedução ou até mesmo à dedução sem inclusão.<sup>40</sup>

### 2.1.3 Transações híbridas

Os negócios jurídicos também podem ser objeto de diferenciação na sua conceptualização. As transações híbridas<sup>41</sup> caracterizam-se pelas qualificações

---

<sup>39</sup> Relativamente ao conceito de Estabelecimento Estável, Ricardo Reigada Pereira refere que “é comum surpreender dois elementos de estabelecimento estável. Por um lado, um elemento estático - i.e. a organização através da qual é exercida uma atividade. Por outro lado, um elemento dinâmico que consiste na atividade em si mesma considerada. Em Portugal, o conceito de estabelecimento estável previsto na lei doméstica segue de perto a noção do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE.”, *Direito Fiscal Internacional e Europeu*, Centro de Estudos Judiciários, plano de formação contínua, 2014-2015, pp.17 e ss. Aprofundando o assunto Alberto Xavier, menciona que o conceito de estabelecimento estável atualmente em vigor, continua a decompor-se num elemento estático e num elemento dinâmico: o elemento estático exprime a “organização” através da qual é exercida uma certa atividade; o elemento dinâmico exprime a atividade considerada em si mesma. Ambos os elementos são de verificação cumulativa, pois não haverá estabelecimento estável se uma entidade não residente exercer uma atividade, sem que para o efeito disponha no território de Portugal de uma “organização”, Almedina, 2017, pp.311. Observa-se que tanto no Código de IRC e do IRS, bem como no artigo 5º, nº1 do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE, o estabelecimento estável é definido de forma semelhante. Trata-se, para efeito, da “instalação fixa através da qual seja exercida uma atividade de natureza comercial, industrial, agrícola, silvícola ou pecuária” - artigo 18º/2 do Código de IRS, e instalação fixa por “instalação fixa através da qual a empresa exerce toda ou parte da sua atividade” (artigo 5º/1, do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE).

<sup>40</sup> De acordo com Charles-Albert Helleputte and Séverine Bouvy, *Hybrid Mismatches: Game Over?*, *Tax Notes International*, may 8, 2017, pp. 505-506

<sup>41</sup> As transações híbridas, de acordo com o texto da Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017, que alterou a Diretiva (UE) no que diz respeito a assimetrias híbridas com países terceiros, § 23 - As transferências híbridas poderão dar origem a uma diferença de tratamento fiscal se, em resultado de um mecanismo para transferir um instrumento financeiro, o retorno subjacente a esse instrumento tiver sido tratado como derivado por mais do que uma das partes no mecanismo. vd. Diretiva (UE) 2017/952 disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32017L0952>

distintas em mais do que um Estado, ou seja, consistem em acordos que são tratados como transferência de propriedade de um ativo para fins fiscais num país, mas, em contrapartida, no outro Estado não será para fins fiscais, o que geralmente é visto como um empréstimo<sup>42</sup>, ou seja, quando ocorre um acordo para a transferência de um instrumento financeiro e quando as leis das duas jurisdições envolvidas diferem sobre o cedente ou o cessionário, que possui a propriedade dos pagamentos do ativo subjacente, isso acarreta uma dedução sem inclusão.<sup>43</sup>

## 2.2 Efeitos dos acordos das assimetrias híbridas

A utilização dos acordos de assimetrias híbridas gera efeitos que dão origem a uma série de vantagens para seus contribuintes. Os efeitos mais comuns são: i) a dupla não tributação, que ocorre quando há um desencontro e este dá origem à ausência de tributação em qualquer um dos Estados em causa; ii) dupla dedução dos custos, que geralmente são acordos onde ocorre uma dedução relacionada com a mesma obrigação contratual, sendo reivindicada para fins de imposto de renda em dois países diferentes; iii) dedução sem inclusão, acordos que criam uma dedução num país, tipicamente uma dedução para despesas de juros, mas evitam uma inclusão correspondente no lucro tributável noutro país; iv) criação de créditos por dupla tributação internacional, acordos que geram créditos fiscais estrangeiros que, de outro modo, não estariam disponíveis, pelo menos não na mesma extensão, sem a correspondente renda estrangeira tributável. A seguir iremos analisar com algum detalhe estes efeitos.

---

<sup>42</sup> Um exemplo será o caso de um determinado contrato de compra e venda com uma cláusula de reserva de propriedade, e num Estado será considerado como uma verdadeira transferência de direito de propriedade, enquanto que para outro será considerado como um empréstimo com garantia associada. Cfr. *Hybrid Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD, 2012, Disponível em: [https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf)

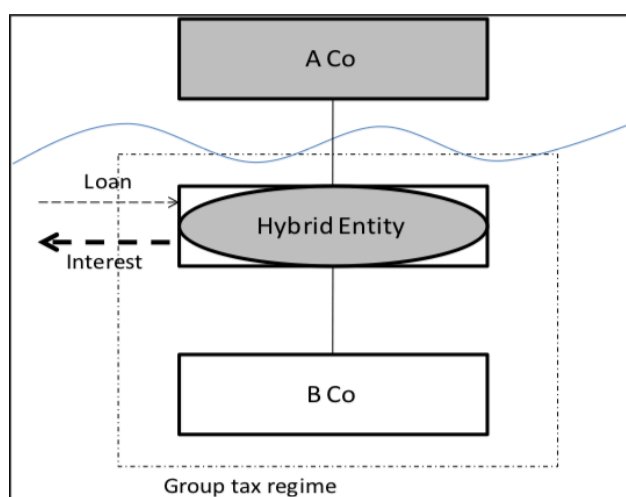
<sup>43</sup> De acordo com Charles-Albert Helleputte and Séverine Bouvy, *Hybrid Mismatches: Game Over?*, *Tax Notes International*, may 8, 2017, pp. 505.

### 2.2.1 Dupla Dedução

Uma das formas possíveis para obter este efeito consiste no recurso à utilização de uma entidade híbrida, isto é, cria-se uma mesma estrutura que permite que duas entidades distintas possam deduzir as devidas despesas em duas jurisdições, ou seja os resultados da dupla dedução surgem quando o mesmo item de despesa é tratado como dedutível na legislação das duas jurisdições. Normalmente, a legislação dessas jurisdições permite que as despesas sejam deduzidas do lucro tributável, sendo compensada com a renda que não será tributada.

Figura 1<sup>44</sup>.

Exemplo de dupla tributação com a utilização de entidades híbridas.



No exemplo da Figura 1, a sociedade-mãe, residente no país A, estabeleceu uma operação de filial e de uma subsidiária no País B, por intermédio de uma entidade híbrida. A sociedade-mãe é detentora da totalidade do capital social da sua subsidiária. A lei do país B permite que a subsidiária e a filial, localizadas no país B, formem um grupo para fins tributários (relação de grupo), ou seja, a entidade híbrida

<sup>44</sup> Esquema retirado OECD/G20, Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Police and Compliance Issue, pp.08.

contrata um empréstimo com um terceiro e utiliza esse capital para financiar a subsidiária. Para além das despesas que decorrem do pagamento de juros, a entidade híbrida não possui nenhuma outra despesa nem outro rendimento significativo. No país A, a entidade híbrida é qualificada como uma entidade transparente, onde certamente as despesas da entidade híbrida são imputadas à sociedade-mãe. Enquanto que no país B, a entidade híbrida é opaca, sendo sujeita a tributação nesta jurisdição<sup>45</sup>.

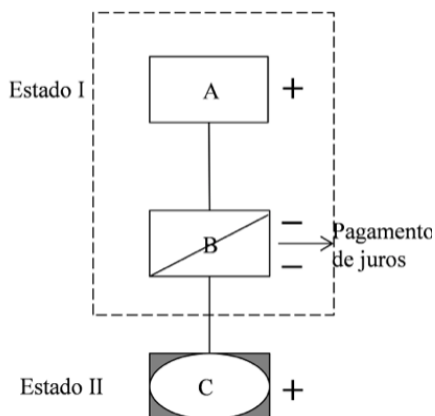
Esta estrutura permite portanto que a mesma despesa de juros seja compensada simultaneamente com diferentes itens de receita na jurisdição de residência e filial, ocorrendo a dupla dedução da mesma despesa. No primeiro caso, as despesas da entidade híbrida que decorreram do pagamento de juros, eram dedutivas no país A, ocorrendo a seguir a redução do lucro tributável da sociedade-mãe, sendo que no país B haverá a compensação dos lucros da subsidiária.

---

<sup>45</sup> Normalmente, as jurisdições atuais prevêm um Regime Especial de Tributação dos grupos de sociedade (RETGS), que dá um relevo para efeitos fiscais à unidade económica do grupo. Em Portugal, o RETGS encontra-se previsto nos artigos 69º a 71º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, definindo o âmbito e condições de aplicação, a determinação do lucro tributável do grupo, e o regime específico de dedução de prejuízos fiscais. Disponível em: [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/codigos\\_tributarios/Cod\\_download/Documents/CIRC.pdf](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/Cod_download/Documents/CIRC.pdf)

Figura 2.

Exemplo de dupla dedução através da utilização de entidades que possuem dupla residência fiscal<sup>46</sup>.



No esquema acima, A, B e C são empresas associadas, A e B são residentes no Estado I, que possui uma subsidiária C no Estado II. A empresa B tem dupla residência tanto no Estado I como no Estado II. No Estado I a sociedade-mãe é considerada residente para efeitos fiscais, a sociedade constituída ao abrigo da lei doméstica. No Estado II, o critério usado é o local da direção efetiva<sup>47</sup>, a entidade é considerada residente para efeitos fiscais nos dois países (entidade com dupla residência - *dual residence entity*)<sup>48</sup>. A entidade poderá contrair empréstimos em ambos os países, conseguindo assim, a nível de grupo, deduzir os custos em ambas jurisdições dos países, ou seja, a entidade poderá usufruir do Regime Especial de Tributação dos grupos de sociedade (RETGS) de ambos países, obtendo no fim

<sup>46</sup> Exemplo retirado do Documento Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, SWD (2016) 345 final. pp. 07. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0687&from=PT>

<sup>47</sup> Cfr. nº 27, pp.295.

<sup>48</sup> Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, pp-7."Dual residence entities: Entities that are resident in two different countries for tax purposes."



uma duplicação de vantagem fiscal, sendo o resultado uma dupla dedução, onde as despesas serão deduzidas duas vezes em ambos os países.<sup>49</sup>

### 2.2.2 Dedução/não inclusão

São acordos que criam uma dedução num país, tipicamente uma dedução para despesas de juros, evitando-se assim uma inclusão correspondente no lucro tributável em outro país.<sup>50</sup>

Normalmente, a utilização de um instrumento financeiro híbrido ou de uma transferência híbrida origina uma dedução sem inclusão, ou seja, uma dedução à matéria coletável da entidade em um país e ao mesmo tempo a não inclusão do rendimento na matéria coletável da entidade em outro país<sup>51</sup>.

---

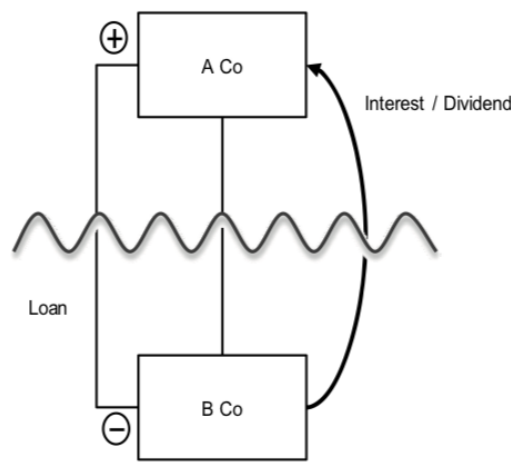
<sup>49</sup> No caso de dupla assimetria de residência (*dual residency mismatch*) que leva a uma dupla dedução tanto num estado membro da UE quanto em um como num país não pertencente à UE, o Estado-membro deverá negar a dedução de pagamentos, despesas ou perdas, mas somente na medida em que esses itens sejam compensados por renda e não foram incluídos no país não pertencente à UE, Cfr. Charles-Albert Helleputte and Séverine Bouvy, *Hybrid Mismatches: Game Over?*, *Tax Notes International*, may 8, 2017, pp. 507.

<sup>50</sup>Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, pp-7. "Deduction/no inclusion schemes: Arrangements that create a deduction in one country, typically a deduction for interest expenses, but avoid a corresponding inclusion in the taxable income in another country."

<sup>51</sup> "If the use of a hybrid entity, hybrid financial instrument, or hybrid transfer leads to a deduction without inclusion, the payer's member state shall deny the deduction. However, if the payer is located in a third country, the member state must include the payment in the payee's taxable basis unless the deduction has already been denied by the non-EU country or the payment has already been included in the payer's taxable basis. If an imported mismatch leads to a deduction without inclusion in third countries, the taxpayer's member state shall deny the deduction of the payment made to the associated enterprise located in a non-EU country unless one of the non-EU countries involved has already denied the deduction." Cfr. Charles-Albert Helleputte and Séverine Bouvy, *Hybrid Mismatches: Game Over?*, *Tax Notes International*, may 8, 2017, pp. 507.

Figura 3<sup>52</sup>.

Exemplo de dedução/ não inclusão através da utilização de instrumentos financeiros híbridos:



A sociedade-mãe residente no País A, confere capitais (financiamento de um investimento) à sua subsidiária que é residente no País B, através de um empréstimo híbrido. Para efeitos do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, o País A qualifica o empréstimo como instrumento de capital, o País B, com base na sua própria classificação, como instrumento de dívida. Nestes termos, o pagamento dos custos de financiamento pela subsidiária pode ser dedutível nesta jurisdição, enquanto que o pagamento feito pela subsidiária para a sociedade-mãe para efeitos fiscais, será como pagamento de dividendos no País A. Ou seja, na ótica do País B será fiscalmente dedutível, pois é considerado um pagamento de juros, enquanto que no País A se considera uma distribuição de dividendos.

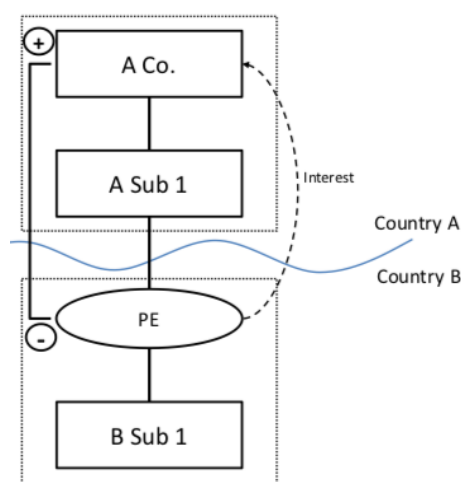
É de extrema importância ressaltar que caso o País A como o País B sejam membros da UE, poderão beneficiar do sistema que possui um regime

<sup>52</sup> Exemplo retirado do documento da OECD/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2015 Final Report, pp.175. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9\\_7\\_8\\_9\\_2\\_6\\_4\\_2\\_4\\_1\\_1\\_3\\_8\\_-e-n-p-d-f?expires=1572528380&id=id&accname=guest&checksum=E8AE2B4AF15D4F1C7B9EFECEDBE8BABE](https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9_7_8_9_2_6_4_2_4_1_1_3_8_-e-n-p-d-f?expires=1572528380&id=id&accname=guest&checksum=E8AE2B4AF15D4F1C7B9EFECEDBE8BABE)

de isenção de participação (*participation exemption*)<sup>53</sup> pelo que os dividendos recebidos não serão tributados, isentos de tributação, e no País B, o pagamento de juros será isento de retenção na fonte. Desta forma, cria-se uma dedução/não inclusão, onde os custos suportados com a remuneração do financiamento serão dedutíveis sem a correspondente inclusão do rendimento do outro país.

Figura 4<sup>54</sup>.

Exemplo de dedução/ não inclusão utilizando um Estabelecimento Estável



No esquema acima a A Co. e A Sub. 1 são consideradas residentes nos termos da legislação do País A. A Sub. 1 possui um Estabelecimento Estável no País

<sup>53</sup> "Em Portugal, um dos mais debatidos regimes fiscais introduzidos pela Reforma do IRC de 2014, que alterou a metodologia de eliminação da dupla tributação económica internacional, mais conhecido, a isenção de participação (*participation exemption*). De acordo com o regime em vigor desde de 2014, a eliminação de tal dupla tributação ocorre, preferencialmente, por meio da não concorrência para a base tributável dos lucros e reservas distribuídos (artigos 51º e segs. do Código do IRC), e subsidiariamente, por meio da atribuição de um crédito de imposto (artigo 91º-A do Código do IRC)." Cfr. Gustavo Courinha, Estudos de Direito Internacional Fiscal, AAFDL Editora, 2015, pp.300.

<sup>54</sup> Exemplo retirado do Documento Public Discussion Draft, BEPS action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws), pp.49. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/aggressive/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-domestic-laws-recommendations-march-2014.pdf>

B. Quando a A. Sub 1 empresta dinheiro de sociedade A Co através do estabelecimento estável que foi estabelecido no País B, as empresas A Co. e a A Sub. 1 são consideradas para efeitos fiscais no País A. No País A, a legislação considera que os pagamentos que foram feitos dentro de um grupo consolidado serão desconsiderados para fins tributários, sendo assim, os pagamentos de juros, que foram efetuados pelo estabelecimento estável de A Sub 1 a A Co, serão dedutíveis ao abrigo da legislação do País B, mas não são incluídos no País A.

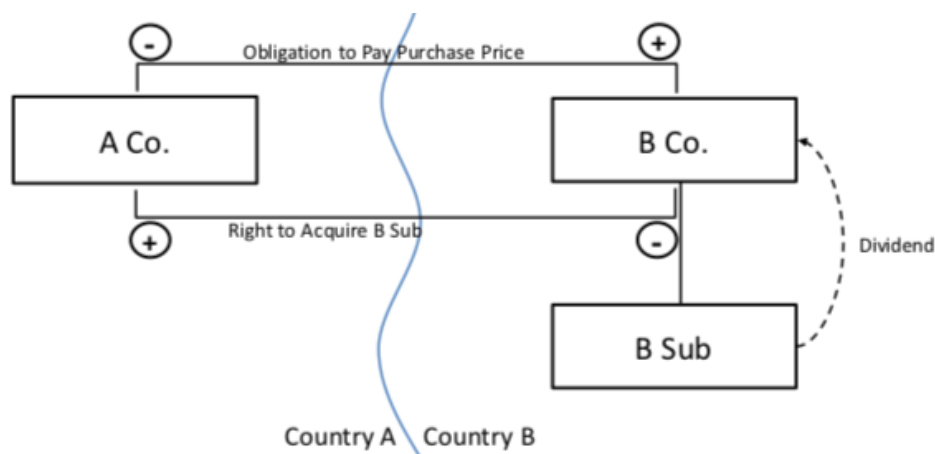
Finalmente, atingimos o resultado de uma dedução sem inclusão utilizando um estabelecimento estável, como foi visto, porque os pagamentos de juros e royalties são despesas que, para efeitos fiscais, são dedutíveis no País B, enquanto que no País A não serão tributados.

### **2.2.3 Criação de créditos por dupla tributação internacional.**

Os negócios jurídicos podem ser objeto de qualificação distinta por parte dos Estados. As transações híbridas são justamente as que dão lugar a qualificações distintas quando existe mais do que um Estado envolvido no negócio jurídico. Quando realizadas num contexto que envolve mais de dois Estados, é possível verificar a origem de créditos por dupla tributação internacional. Constitui um esquema típico para gerar um crédito fiscal estrangeiro utilizando uma transferência híbrida. Para tal, é necessário que exista uma CDT entre os Estados envolvidos no negócio jurídico, que tenha como mecanismo de eliminação da dupla tributação o método de crédito.

Figura 5<sup>55</sup>.

Exemplo de criação de créditos por dupla tributação internacional através de uma transferência híbrida



No esquema acima, a entidade A Co., possui uma subsidiária B Sub que é residente no País B. A A Co. celebra um contrato de venda e recompra das suas ações que possui na B Sub com a B Co, sob um acordo de que a A Co adquiere as ações numa data futura por um preço acordado. Entre as vendas e a recompra de ações, a B Sub ganhará receita, pagará os devidos impostos e irá distribuir as ações a B Co. O País B, considera que entre a venda e o prazo estipulado para se readquirir as ações, a entidade B receberá os dividendos como beneficiário.

A transação feita para efeitos fiscais na concepção do Estado B é qualificada como uma compra e venda de ações, com a observação que estipula previamente a data e o preço pelos quais será feita a recompra dos títulos, normalmente a uma taxa fixa. O Estado B adota o método do crédito

<sup>55</sup> Figura retirada do Documento Public Discussion Draft, BEPS action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws), pp.21. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/aggressive/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-domestic-laws-recommendations-march-2014.pdf>

indireto e, por isso, concede à entidade B um crédito, pelo imposto pago pela B Sub no seu Estado de Residência.

Enquanto que a entidade A Co, que é residente no País A, qualifica, para efeitos fiscais, como sendo um empréstimo, cujas ações serão garantia associada ao negócio jurídico, a entidade A continuará a ser a proprietária das ações, recebendo os dividendos isentos através da isenção de participação (*participation exemption*), podendo também fazer deduções pelos custos do financiamento, que serão proporcionais ao valor dos dividendos pagos.

É evidente essa relação de isenção dos pagamentos de dividendos e de dedução de custos. No País B, criam-se simultaneamente despesas, que poderão ser dedutíveis, e créditos por dupla tributação internacional a favor da entidade B, pelo imposto pago pela compra e venda das ações na B Sub.

### 3. Erosão de base tributável e transferência de lucros

Em 2012, a OCDE começou a investigar o propósito da erosão de bases e as transferências de lucros. Através da investigação feita pela OCDE<sup>56</sup>, ficou ilustrado quais foram os desenvolvimentos globais que influenciaram as formações utilizadas e o modo como as empresas operavam.

Tornou-se público, através dos média sociais internacionais, que as multinacionais não pagavam impostos, utilizando o planeamento fiscal internacional, não sendo aplicados os preceitos legais nacionais e internacionais sobre os lucros<sup>57</sup>.

A OCDE considerou que as multinacionais estavam a operar como um negócio integrado, utilizando estratégias a nível global para maximizar os seus lucros e reduzir os seus custos. De acordo com o OCDE, essa conduta das multinacionais também ocorreu porque as legislações dos Estados não eram suficientes para combater a erosão de receitas fiscais. Os montantes de receita fiscal que foi perdida são desconhecidos.

Quando este planeamento fiscal internacional praticado pelas multinacionais foi conhecido, desencadeou uma forte pressão pública, o que conduziu a uma reação do G20<sup>58</sup> que, juntamente com a OCDE e os Estados,

---

<sup>56</sup> Vide “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*”, OECD, 2012; “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”, OECD, 2013; “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”, OECD; *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD, 2014.

<sup>57</sup> (OCDE 2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*; Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting\\_9789264192744-en#page5](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page5)

<sup>58</sup> Vide *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*- OECD 2013 - “The G20 finance ministers called on the OECD to develop an action plan to address BEPS issues in a co-ordinated and comprehensive manner. Specifically, this Action Plan should provide countries with domestic and international instruments that will better align rights to tax with economic activity. As called for in the recent OECD report on BEPS, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (OECD, 2013a), this Action Plan (i) identifies actions needed to address BEPS, (ii) sets deadlines to implement these actions and (iii) identifies the resources needed and the methodology to implement these actions”, pp. 11. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

tomaram medidas para alterar as regras aplicáveis às multinacionais e aos investimentos diretos.<sup>59</sup>

No Relatório feito pela OCDE, em 2013, chamado de “*Addressing BEPS*”, foi abordada uma tendência na qual foram identificadas três estratégias de planejamento fiscal que conduziam ao resultado de dupla não tributação ou à redução dos custos das multinacionais.

As estratégias de erosão das bases fiscais e de transferência de lucros são:

- Transferência de lucros, minimização de funções operacionais que foram desenvolvidas pelas afiliadas, transferindo os ativos e os riscos para as entidades do grupo (sociedades e sucursais), situadas em territórios de baixa tributação;
- Erosão das bases tributárias, acordos que concediam direta ou indiretamente financiamento pelas entidades de um mesmo grupo, localizadas em territórios de baixa tributação, podendo utilizar esses acordos para maximizar as suas despesas, de modo a poderem deduzir no Estado da fonte, e minimizar os impostos que incidiriam sobre os lucros que pagaria nesse Estado.
- Conversão artificial de entidades do grupo de passivas para ativas para poder deferir ou elidir impostos no Estado no qual a sociedade-mãe do grupo é residente.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, 2017, Almedina, pp.44. Referência ao caso C-446/04 (Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue) que versa sobre o investimento direto que pode ser definido como a criação de laços duradouros entre o acionista e a entidade participada. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=66367&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10635826>

<sup>60</sup> Vide nº 55, pp. 44-45, definição das três estratégias simples de planejamento fiscal que conduzem à dupla não tributação ou pelo menos à redução de tributação. Em complemento, *Arnaud de Graaf et al, “Fundamental Change in Countries” Corporate Tax Framework Needed to Properly Address BEPS*, *Intertax*, 2014, nº5, pp. 301 e ss., que faz referência e desenvolve as três estratégias citadas.



Com base no que foi exposto, a OCDE declarou que os princípios comuns internacionais podem não ter acompanhado o ritmo do ambiente dos negócios que estavam em constante mudança. As regras domésticas para a tributação internacional e os padrões acordados internacionalmente ainda se baseavam num ambiente económico caracterizado por um menor grau de integração económica entre as fronteiras, em contraponto ao ambiente dos contribuintes globais, caracterizado pela crescente importância da propriedade intelectual,<sup>61</sup> que era o gerador de valor, e pelo desenvolvimento constante das tecnologias da informação e da comunicação.<sup>62</sup>

A OCDE concluiu que existe uma questão política mais fundamental que está subjacente à questão do BEPS. À luz da conclusão prevista no Relatório, a preocupação gerada pelo BEPS incide sobre o contexto da economia digital e, além disso, os aspetos fiscais indiretos também deveriam ser considerados. Verificou-se que o maior problema face a estes aspetos era a existência de lacunas na tributação que resultavam, não somente de um único regime jurídico, mas da conjunção de dois ou mais regimes, que tinham origem nas duplas não tributações.

As multinacionais utilizaram diversas regras previstas nas convenções de dupla tributação, no que concerne à repartição de competências entre o Estado da Fonte e o Estado de Residência, de modo a não serem tributadas, e este procedimento das multinacionais levou a uma situação tensa, na qual os

---

<sup>61</sup> “Muitas vezes como é conhecida a mobilidade dos intangíveis (tratada globalmente pelas leis fiscais como propriedade intelectual ou industrial) e o fato de estes serem facilmente registados nos territórios de baixa tributação... Os gastos têm sido deduzidos de modo favorável nos Estados onde a atividade de investigação e desenvolvimento ocorre (territórios de tributação “normal”), e os *royalties* são transferidos para Estados de baixa tributação, através da transferência da titularidade dos intangíveis ou da residência, quando os rendimentos aparecem. Dentro dos grupos de empresas multinacionais, os contratos de cedência de utilização dos intangíveis são feitos a preços elevados, difíceis de corrigir, dada a ausência comparável” Cfr. Ana Paula Dourado, Governação Fiscal Global, Almedina, 2017, pp-149-150.

<sup>62</sup> Declaração com base no Relatório da OCDE 2013- “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”, Disponível:<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

cidadãos ficaram mais sensíveis às questões da justiça tributária, tornando-se uma questão crítica para todas as partes, ou seja, tanto os governos, como os cidadãos, ao nível de contribuintes individuais, como algumas empresas foram prejudicados. Vejamos a que nível foram verificados esses prejuízos:

- Governos - inúmeros governos tiveram que lidar com menos receitas oriundas do pagamento de impostos, e tiveram um custo alto para garantir a conformidade. O BEPS prejudicou a integridade do sistema tributário, pois o público, os média e alguns contribuintes consideraram que os baixos impostos corporativos não eram justos. Por exemplo, nos países em desenvolvimento, esta situação conduziu a um subfinanciamento do investimento público que poderia ter ajudado o setor do crescimento económico;
- Contribuintes individuais - são prejudicados quando as regras fiscais permitem que as empresas reduzam as suas cargas tributárias, deslocando sua renda para fora das jurisdições onde as atividades produtoras da renda são realizadas, enquanto que os outros contribuintes nessa jurisdição possuem uma carga tributária maior;
- Empresas - diferentes das multinacionais, podem enfrentar um risco reputacional significativo caso a sua taxa tributária seja considerada como muito baixa e, ao mesmo tempo, diferentes empresas podem avaliar esse risco de maneiras diferentes e não aproveitar as oportunidades legais para reduzir sua carga tributária, podendo colocar-se em desvantagem. Da mesma forma, algumas empresas que operam apenas em mercados domésticos, têm dificuldade em competir com multinacionais que possuem capacidade de alterar facilmente os seus lucros de jurisdições para evitar ou reduzir pagamentos de impostos. Verifica-se que é

gerada uma concorrência desleal pelas distorções induzidas pelo BEPS.<sup>63</sup>

Por isso, foram necessárias mudanças para impedir efetivamente a dupla não tributação<sup>64</sup>. E, considerando o Relatório, é possível executar várias ações para solucionar as deficiências das regras atuais de maneira eficaz e eficiente. Fica assim evidente a necessidade de um plano de ação com mudanças fundamentais e mecanismos para a adoção de novas abordagens com disposições anti-abuso, destinadas a prevenir e combater a erosão de base e a transferência de lucros.

### 3.1 O Plano de Ação BEPS

O G20 requisitou à OCDE o desenvolvimento de um plano de ação que abordasse as questões do BEPS e que, de maneira coordenada, esse plano também desenvolvesse instrumentos nacionais e internacionais que melhorassem o alinhamento dos direitos tributários da atividade económica. Então, a OCDE apresentou um Relatório e um Plano de Ação em 2013<sup>65</sup>, abordando a erosão das bases e a transferência de lucros. Neste Plano de Ação foram identificadas as ações necessárias para abordar o BEPS,

---

<sup>63</sup> OECD, 2013 - “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”, pp.8. Esses exemplos são resultados dos desenvolvimentos que abriram oportunidades para as multinacionais minimizarem a sua carga tributária, vide Arnaud de Graaf & Klaas-Jan Visser, BEPS: Will the Current Commitments and Peer Review Model Prove Effective?, 3 - OECD/G20 and EU Strategies for Combatting BEPS., pp. 40, EC TAX REVIEW, V. 27, I. 1, 2018.

<sup>64</sup> Com a visão de Félix Daniel Martínez Laguna, *Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain*, “Double non-taxation is a matter of major concern in the international tax community nowadays, and hybrid financial instruments play a key role according to the different tax treatment given to debt and equity”, pp. 447, *Intertax*, Vol. 44, Issue 6/7, 2016.

<sup>65</sup> *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting- Report: 2013* (OECD 2013).

estabelecidos os prazos para implementação dessas ações e identificados os recursos necessários, bem como a metodologia que deveria ser utilizada para implementar essas ações.

A OCDE utiliza uma estratégia destinada a combater as construções artificiais feitas através do planeamento tributário das empresas multinacionais. O Relatório considera o comportamento das multinacionais como legal, embora moralmente inaceitável e que, por isso, é necessário que novas medidas sejam tomadas pelos Estados. Um dos principais objetivos é dificultar bastante a utilização das diferenças entre os regulamentos fiscais internacionais para as empresas multinacionais, impedindo a compra de tratados e o escapar artificialmente ao status de estabelecimento permanente. Essas medidas descritas são utilizadas para que as multinacionais não utilizem construções híbridas legais com o propósito de mudar os seus ativos e os riscos para obter isenções de impostos.

A partir desse ponto, a OCDE, em conjunto com a União Europeia, tem procurado incansavelmente uma boa governação fiscal para o combate ao planeamento fiscal agressivo.<sup>66</sup>

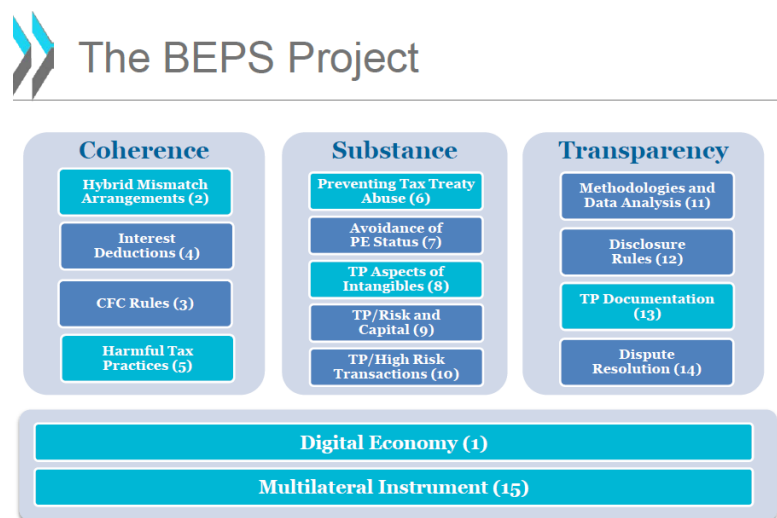
No Plano de Ação foram apresentadas um total de 15 ações, que incidem sobre temas relacionados com aqueles que mais facilitam a erosão das receitas tributárias, a saber: economia digital; neutralização dos efeitos híbridos; sociedades estrangeiras controladas; dedutibilidade de juros e de outros gastos; combate de práticas fiscais prejudiciais, transparência e substância; abuso de tratados fiscais; estabelecimento estável; preços de transferência e criação de valor e transações de riscos; reporte de esquemas de planeamento fiscal agressivo; reexame da documentação dos preços de

---

<sup>66</sup> Sobre o conceito de planeamento fiscal agressivo, este passou a ser utilizado nas declarações do G20, e nas Diretivas. Para a Dra. Ana Paula Dourado, o planeamento fiscal agressivo é um conceito chapéu que abarca a elisão ou abuso fiscal e as lacunas da interação de mais de um ordenamento jurídico. vide. Ana Paula Dourado, *“Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”*, Intertax, 2015, nº1, pp. 42-57.

transferência; tornar os mecanismos de resolução de disputas mais eficazes e desenvolvimento de um instrumento multilateral.

As 15 ações do Plano de Ação do BEPS da OCDE estão descritas no gráfico abaixo, para uma melhor visualização:



Fonte: OECD (<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>)

As ações do Projeto BEPS<sup>67</sup> procuram colmatar disparidades e lacunas, evitando que ocorram duplas não tributações e que não haja transferências de lucros, que constituem o planejamento ou abuso fiscal<sup>68</sup>.

Como foi demonstrado acima, a Ação 1, que versa sobre Economia Digital, interage com todas as ações do BEPS, uma vez que a economia digital facilita a não tributação, pois é fácil evitar a presença geradora de tributos. Por

<sup>67</sup> De acordo com a OCDE, as ações foram desenvolvidas no contexto do Projeto da OCDE/G20, para equipar os governos com as regras e os instrumentos necessários a nível nacional e internacional para lidar com a elisão fiscal e para garantir que os lucros sejam tributados da forma correta, ou seja, que sejam tributados onde as atividades económicas que geraram o lucro sejam realizadas onde o valor foi criado. Todas as 15 ações se encontram disponíveis em: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/> Onde é possível compreender os detalhes de cada uma.

<sup>68</sup> Por exemplo, na questão da elisão fiscal, em alguns países não é considerado como um abuso fiscal. Na maioria os países que se encontram fora da OCDE, como o Brasil, onde o planejamento fiscal é interpretado como perfeitamente legítimo. Sobre o tema, vide, Luís Eduardo Schoeuri, "Brazil", *Tax Avoidance Revisited*, Disponível em: [http://www.eatlp.org/uploads/public/Brazil%20\(2%20Dec%202015\).pdf](http://www.eatlp.org/uploads/public/Brazil%20(2%20Dec%202015).pdf)

isso, a Ação 1 aconselha o reforço das medidas fiscais na área dos intangíveis previstos na Ação 5, como a adequação do conceito real de estabelecimento estável, Ação 7, e quanto ao regime dos preços de transferência no tocante à economia digital, previsão nas Ações 8-10.

A Ação 15 versa sobre a necessidade da criação de um Instrumento Multilateral, que também interage com todas as ações, e tem como objetivo modificar, de modo célere e coordenado, as convenções de dupla tributação, e implementar as medidas previstas das ações do Projeto BEPS. Observa-se que a Ação 15 do Projeto BEPS possui um papel além da UE e, a nível internacional, a reação ao BEPS está a ser feita através da Convenção Multilateral, uma vez que esta Convenção prevê a modificação das convenções bilaterais de dupla tributação.

A Ação 2, que trata das regras anti-híbridos, as Regras CFC (Ação 3)<sup>69</sup> e a Limitação de Dedutibilidade de Juros e Royalties<sup>70</sup> (Ação 4), funcionam como regras de salvaguarda, o que traduz um esforço de coordenação de medidas.

É muito importante salientar que nenhuma das ações se sobrepõem, pelo contrário, todas as 15 ações se encontram interligadas, não existindo uma ordem de prioridade entre elas. O objetivo principal do Projeto do BEPS é que a tributação ocorra no Estado no qual o valor foi criado, evitando assim a transferência dos lucros de uma forma artificial<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting\\_9789264202719-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en#page1); OECD/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: 2015 Final Report disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report\\_9789264241152-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page1)

<sup>70</sup> Definição de royalties com base no CMOCDE, “O termo significa as retribuições de qualquer natureza pagas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, incluindo os filmes cinematográficos, de uma patente, de uma marca de fabrico ou de comércio, de um desenho ou de um modelo, de um plano, de uma fórmula ou de um processo secretos, ou por informações respeitantes a uma experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.” Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, versão condensada, 216/ Cadernos de Ciências e técnica fiscal. pp. 47.

<sup>71</sup> Cfr. nº 55, pp-65-66.

### 3.1.1 Ação 2 – Neutralização dos efeitos dos acordos das assimetrias híbridas

A ação 2 foi prevista no Relatório do Projeto BEPS, de 2013, com o propósito de desenvolver disposições que serviriam de modelo para evitar a dupla tributação e recomendações para a elaboração de normas domésticas por forma a neutralizar os efeitos híbridos dos instrumentos e entidades, como por exemplo, a dupla não tributação, a dupla dedução e a dedução indireta sem inclusão (diferimento dos impostos em longo prazo).

E, para atingir os objetivos propostos pela Ação 2, seria necessário:

- (i) alterações ao Modelo de Convenção Modelo no que concerne a evitar a dupla tributação da OCDE, por forma a assegurar que os instrumentos financeiros e as entidades híbridas<sup>72</sup>, incluindo as entidades que possuem dupla residência, não sejam utilizados para se obter benefícios fiscais através desses acordos;
- (ii) disposições domésticas onde os Estados deverão impedir a isenção ou não reconhecer a contabilização dos pagamentos dedutíveis pelo pagador;
- (iii) disposições legais nacionais para que seja recusada uma dedução de um pagamento que não seja incluído na renda pelo destinatário / beneficiário e que não esteja sujeito às regras CFC (Empresa Estrangeira Controlada - *Controlled Foreign Corporation*) ou regras semelhantes.
- (iv) disposições de direito interno que impeçam a dedução a título de um pagamento que seja igualmente dedutível em outra jurisdição; e

---

<sup>72</sup> De acordo com Marlous Verhoog, “Hybrid entities are specifically addressed in Action 2: ‘Neutralizing the effects of hybrid mismatch arrangements’. Creating hybrid mismatches in order to save taxes is however only one side of the medal. The hybrid entity discussion really is much broader: it not only concerns international double non-taxation, but also international double taxation that arises from the use of hybrid entities. The issue with hybrid entities lies in the question who is entitled to the benefits of bilateral tax treaties: the entities and/or their participants.” pp. 684, *Hybrid Entity Issues in a Tax Treaty Context: OECD Approach versus Actual Tax Treaties*, Intertax, V.44, I. 8/9, 2016.

(v) caso seja necessário, orientações sobre as regras de coordenação ou critérios de desempate, se mais do que um país procurar aplicar tais normas a uma transação ou a uma estrutura.

É necessário que se dê atenção especial à interação entre as possíveis modificações nas legislações internas e às disposições da Convenção Modelo da OCDE<sup>73</sup>. As mudanças previstas pretendem que seja garantido que tanto os instrumentos como as entidades híbridas, inclusive as entidades com dupla residência, não sejam utilizadas para obtenção de benefícios fiscais. Segundo o Relatório, os trabalhos serão coordenados com os trabalhos sobre os limites das deduções sobre as despesas com juros, sobre as normas relativas às Empresas estrangeiras controladas (*controlled foreign corporation*) e com o trabalho sobre o abuso dos acordos para se evitar a dupla tributação.<sup>74</sup>

Após o Relatório, que previa as 15 ações em 2013, dois anos depois, em 2015, outro plano identificou que as ações assentavam em três pilares<sup>75</sup> principais, em primeiro, a introdução de coerência nas regras internas do Estado que afetavam as atividades transfronteiriças, em segundo, o reforço dos requisitos de substâncias nas normas internacionais já existentes e, em terceiro, melhorar a transparência e a segurança.

---

<sup>73</sup> Vd. nº 55, Uma solução credível, “Seria o Estado de residência do beneficiário seguir a qualificação do Estado da fonte, mas essa solução não é aceite pelos Estados, como se verifica na aplicação das regras das convenções de dupla tributação e do artigo 3º, nº2, do Modelo da OCDE.”, pp.67.

<sup>74</sup> Vide OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, 2013, p. 15 e ss.

<sup>75</sup> Os três tipos de incompatibilidade baseados no *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2015 Final Report*, pp.16-17, Vide Marlous Verhoog, *Hybrid Entity Issues in a Tax Treaty Context: OECD Approach versus Actual Tax Treaties*, “(...) The effects to be neutralized are double non-taxation, double deduction and long-term deferral of taxation. Those effects are neutralized by way of correcting the result, rather than by way of re-characterizing the entity.”pp. 690, *Intertax*, V.44, I. 8/9, 2016.



O Relatório sobre a neutralização dos efeitos das assimetrias híbridas (*Action 2 Report, OECD 2015*<sup>76</sup>), como previu as recomendações da Ação 2 do BEPS, reconheceu também os desfasamentos que resultam das diferenças no tratamento tributário de instrumentos ou entidades financeiras. Posteriormente, o trabalho sobre incompatibilidades híbridas foi expandido para lidar com as questões que surgiram sobre o uso de estruturas de filiais (*branch structures*), o que resultou num novo relatório da OCDE de 2017, designado por Neutralizando os efeitos dos acordos das assimetrias das filiais, Ação 2: Matriz Inclusiva sobre o BEPS (*Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*).<sup>77</sup>

Os países da OCDE e o G20 concordaram em trabalhar juntos para garantir uma coordenação das recomendações do BEPS. Entretanto, foi discutida a necessidade de existirem, a nível global, soluções com o objetivo de combater também o BEPS, e uma das formas seria através de um instrumento multilateral que iria fazer as devidas modificações em vários aspetos, incluindo a neutralização dos efeitos híbridos. Este instrumento foi concluído no fim de 2016, com o intuito de implementar medidas que modificassem as convenções bilaterais de dupla tributação.

A neutralização procurada é aplicável a todos os sujeitos passivos, tendo como regra geral que não haverá lugar para o benefício de isenção de dividendos quando os pagamentos são passíveis de dedução. Esta solução foi consagrada no artigo 4º da Diretiva Sociedade-mães afiliadas<sup>78</sup>, embora a Diretiva não abranja na totalidade as situações que poderiam resultar em

---

<sup>76</sup> *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2015 Final Report*. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report\\_9789264241138-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report_9789264241138-en#page1)

<sup>77</sup> Disponibilizado para leitura em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-branch-mismatch-arrangements-action-2\\_9789264278790-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-branch-mismatch-arrangements-action-2_9789264278790-en#page1)

<sup>78</sup> No fim de 2013, foi proposta pela Comissão a modificação desta diretiva, no qual se focava no tema dos *hybrid mismatches*. Diretiva 2011/96/UE do Conselho de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0096&from=PL>

duplas deduções e, por isso, as demais situações devem ser resolvidas no âmbito da legislação doméstica do Estado, em conformidade com as liberdades fundamentais.

### **3.2 Coordenação entre as Regras CFC e os Acordos Anti Assimetrias Híbridas**

Após esta análise sobre o tema das regras CFC (*Controlled Foreign Corporations*)<sup>79</sup>, propostas pela OCDE, iremos identificar as normas que a Ação 2 e a Ação 3<sup>80</sup>, ambas previstas no Projeto BEPS, os seus pontos comuns e as suas interações. A consideração paralela das normas CFC e dos acordos anti assimetrias híbridas (*anti hybrid mismatch arrangements*) tem sido apontada como verdadeiramente necessária, visto existir uma certa preocupação acerca do tratamento das figuras híbridas. Por isso, a OCDE propôs a introdução de uma regra modificada sobre as assimetrias híbridas

---

<sup>79</sup> A insuficiência das regras CFC implementadas provou unilateralmente que era necessária uma resposta global e, por isso, o G20, juntamente com a OCDE, lançaram a Ação 3 do Plano BEPS, que culminou no Relatório da OCDE de 2015, que define as regras para as empresas estrangeiras controladas (CFC - *Controlled Foreign Corporations*). No projeto BEPS referente à Ação 3, a OCDE considerou o fortalecimento das regras CFC. Assim, as propostas foram feitas em relação a cada elemento normativo das sociedades controladas estrangeiras.

<sup>80</sup>Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting\\_9789264202719-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en#page1); OECD/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: 2015 Final Report disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report\\_9789264241152-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page1)

(*modified hybrid mismatch rule*)<sup>81</sup>. Esta regra exige que um pagamento que foi feito intra-grupo a uma sociedade estrangeira controlada seja levado em consideração no cálculo da receita da sociedade-mãe. Existem abordagens possíveis que levariam em consideração um pagamento intra-grupo nos casos em que:

- i) o pagamento não estiver incluído na receita da sociedade estrangeira controlada;
- ii) o pagamento teria sido incluído na receita da CFC caso a jurisdição da sociedade-mãe tivesse classificado as entidades e os acordos da mesma forma que o Estado do pagador ou do beneficiário<sup>82</sup>.

É possível verificar que as recomendações têm como objetivo impedir que as diferenças de tratamento dos instrumentos e das entidades nos países da residência e da localização da sociedade estrangeira controlada possam ser utilizadas de alguma forma para o desenvolvimento do planejamento fiscal agressivo<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: 2015 Final Report, §30 ,pp.22./And Notes, nº 2-describe This is not the only way to tackle this issue. A jurisdiction that implements an excess profits approach similar to that described in Chapter 4, for example, may not need an additional rule to address these types of hybrid mismatches if such an approach does not ignore the income earned in situations such as those illustrated in Figure 2.1., pp.30. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9\\_7\\_8\\_9\\_2\\_6\\_4\\_2\\_4\\_1\\_1\\_5\\_2\\_-e-n-p-d-f-?expires=1568396164&id=id&accname=guest&checksum=A0E3A7742E712459396A9DBA2493AE8C](https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9_7_8_9_2_6_4_2_4_1_1_5_2_-e-n-p-d-f-?expires=1568396164&id=id&accname=guest&checksum=A0E3A7742E712459396A9DBA2493AE8C).

<sup>82</sup> Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: 2015 Final Report, §30 ,pp.22..

<sup>83</sup> A jurisprudência do TJUE presente do Acórdão *Cadbury Schweppes*( C-196/04) estipulou que as regras que regem as empresas controladas estrangeiras constituem uma restrição à liberdade de estabelecimento que se justifica apenas no caso de as ditas regras CFC se limitarem a arranjos puramente artificiais. Sobre mais acerca do assunto, Dodwell, B Serra, C. Cadbury Schweppes: the future of CFC legislation, Tax Adviser, 2006, pp-26-29., Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting - Report: 2013 (OECD 2013), PP-15-16.

E de facto, o que as normas da Ação 2 e da Ação 3 têm em comum é a circunstância, do ponto de vista do país de residência, da entidade que detém as participações noutra entidade, no caso de pretender evitar a transferência de forma artificial <sup>84</sup> dos lucros para entidades que se encontrem localizadas em países com um regime fiscal claramente favorável e privilegiado<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Para assegurar a aplicabilidade dentro da União Europeia, o que se propõe é que as regras CFC se apliquem no caso onde a subsidiária controlada é considerada como um arranjo puramente artificial, desde que siga as recomendações da jurisprudência do TJUE, que permite aplicar as regras, no caso em que a transação que originou o rendimento da CFC for parcialmente artificial, sendo oferecido uma outra justificação ao caso para aplicação do regime. TJUE, 13.03.2007, C-524/04, *Thin Cap Group Litigation, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue. Pedido de decisão prejudicial: High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division - Reino Unido*. Liberdade de estabelecimento - Livre circulação de capitais - Imposto sobre as sociedades - Juros de empréstimos pagos a uma sociedade do mesmo grupo residente noutro Estado-Membro ou num país terceiro - Qualificação dos juros como lucros distribuídos - Coerência do sistema fiscal - Evasão fiscal. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=62137&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11665155>, Vide Ana Paula Dourado sobre Thin Cap GLO (Case C- 524/04), *The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Developments*, Intertax, Vol. 45, Issue 3, 2017.

<sup>85</sup> Para Emily Forrester, “They have on multiple occasions denied their existence as a “tax haven” for companies, despite their corporate tax level (12,5%) being significantly lower than other State in their geographical approximation (...)” Questão ligada a Comissão que em junho de 2014, abriu investigações sobre grande multinacionais, como por exemplo a Apple, Starbucks e Fiat, nos Países Irlanda, Holanda e Luxemburgo que chegaram a conclusão que esses países concederam “selective tax advantages” foram consideradas ilegais ao abrigo das regras em matéria de auxílios estatais. Mais sobre o tema, vide. Emily Forrester, *Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to be used in the fight against Harmful Tax Competition?*, pp. 19. EC Tax Review, 2018-1.

Desta forma, as regras CFC podem ser uma boa resposta para os acordos de assimetrias híbridas (*hybrid mismatch arrangements*), particularmente os provenientes da existência das entidades híbridas.<sup>86</sup>

A OCDE, ao propor as Ações BEPS<sup>87</sup>, teve como prioridade que as mesmas interagissem entre si, como é o caso das Regras CFC<sup>88</sup>, que podem interagir, não somente com a Ação 2, mas com a maioria das outras ações.

A título de exemplo, a interação com as Ações 1 (economia digital), Ação 4 (dedutibilidade de juros e outros gastos), Ação 5 (práticas fiscais agressivas, transparência e substância), Ações 8-9-10 (assegurar que os resultados dos preços de transferência - criação de valor e riscos - intangíveis,

---

<sup>86</sup> Segundo Oana Popa, as normas CFC deveriam ser consideradas como uma possibilidade de meio não somente nos casos de *hybrid mismatches* com recurso a *reverse hybrids*, mas também como *regular hybrids*. “The Author believes that CFC rules should be further considered also in respect of other hybrid entity mismatches, and not only for arrangements making use of reverse hybrids. If the OECD were to further consider this aspect in the context of Action 3 and work towards drafting adapted CFC recommendations, CFC and hybrid entity mismatches could become a common topic from the perspective of residence countries, decreasing the administrative burden of having to deal with several sets of anti-avoidance measures. Otherwise, countries might choose to independently improve the scope of their CFC rules to cover hybrid entity mismatches or - if such legislation is not in force- might opt to introduce CFC rules with the same effect”, pp.156-184, Chapter : Past, Present and Future of Tax Structuring Using Hybrid Entity Mismatches, Oana Popa, *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, IBFD Tax Research Series, Volume 2.

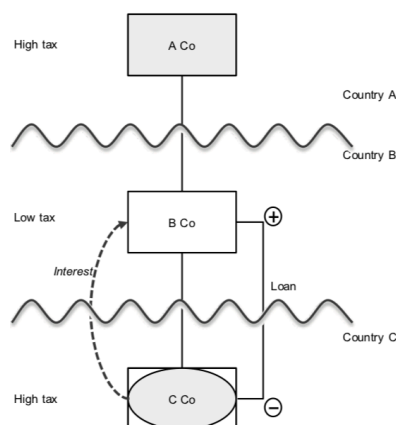
<sup>87</sup> Vide Arnaud de Graaf & Klaas-Jan Visser, BEPS: Will the Current Commitments and Peer Review Model Prove Effective?, pp. 36- 47.

<sup>88</sup> A OCDE e a Ação 3 do BEPS reconheceram a compatibilidade entre as regras CFC e o artigo 7º, nº1, a primeira parte do Modelo da OCDE. O artigo prevê quedos lucros de uma empresa de um Estado Contratante só devem ser tributados nesse Estado( artigo 7º, nº1, primeira parte), conforme previsto no Modelo de Convenção Fiscal sobre o rendimento e o património., 216/Cadernos de ciências e técnica fiscal, versão condensada, OCDE, pp. 41. Além disso, foi possibilitada a aprovação de uma regra sobre a sociedade estrangeira controlada pela Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece as regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. As regras CFC encontram-se na ATAD, em particular, a norma do artigo 7º da Diretiva, onde está prevista a possibilidade de retribuição à sociedade-mãe dos rendimentos de uma filial controlada sujeita a baixa tributação. Ainda de acordo com a Directiva, o Estado-membro do contribuinte deverá considerar como uma sociedade estrangeira controlada, uma entidade ou um estabelecimento estável cujos lucros não estejam sujeitos ao imposto ou quando estejam isentos de imposto nesse Estado quando, cumulativamente, se verificarem os seguintes previstos na própria Directiva.

risco e capital e transações que possuem alto risco), Ação 11 (métodos de coleta e análise de dados sobre a erosão da base e transferência de lucros) e, por fim, a Ação 15 (desenvolvimento de um instrumento multilateral com enfoque na fiscalização internacional).<sup>89</sup> Ainda a título exemplificativo, é possível verificar no Relatório da Ação 2,<sup>90</sup> a existência de recomendações da aplicação das regras anti-híbridos, e uma dessas recomendações é que os Estados-Membros devem considerar aplicar primeiramente as regras CFC<sup>91</sup> e, de acordo com o Relatório da Ação 3, as regras CFC podem realmente evitar os casos de assimetrias que poderão ocorrer, em virtude da estrutura híbrida de uma entidade.

Consideremos agora duas situações onde uma norma CFC poderá impossibilitar esses casos de assimetria:

Figura 6.  
Exemplo de uma regra modificada de assimetrias híbridas



<sup>89</sup> Vd. nº 55, As Ações BEPS e a sua interação, pp.60, e 6: Coordenação entre as Ações 2 e 3, pp.74-75.

<sup>90</sup> OECD/G20, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, 2015, Chapter 5, Specific recommendations for the tax treatment of reverse hybrids, Recommendation 5.1 - Improve to CFC and other offshore investment regimes, §171/§173, pp. 63-64.

<sup>91</sup> OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements- Action 2: Final Report, pp.09; OECD/G20 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2014, §293 e §294, pp.97-98; OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: 2015 Final Report, §30, pp. 22.

O exemplo da regra modificada de assimetria híbrida, (*“modified hybrid mismatch rule”*)<sup>92</sup> acima, pretende explicar como é que a regra de incompatibilidade híbrida modificada pode operar. No esquema, A Co, B Co e C Co, são entidades relacionadas. Neste caso, a empresa A Co é considerada uma empresa residente no País A, que detém todas as ações da B Co, que por sua vez é residente no País B, e detém todas as ações na C Co, que é residente no País C. A empresa B Co é considerada como transparente no País B e como opaca no País A (híbrido inverso - *reverse hybrid*)<sup>93</sup>. O País A e o País C são considerados jurisdições com altas taxas tributárias, enquanto que o País B é uma jurisdição de tributação baixa.

A C Co é uma entidade desconsiderada para fins fiscais no País A, a mesma é tratada como transparente sob as leis do País A, o pagamento de juros feito à B Co é ignorado pelas leis do País A e, por isso, não é incluído no cálculo da receita da sociedade estrangeira controlada no País A. Ou seja, o pagamento de juros feito por C Co para a B Co é considerado dedutível no País, não obstante o pagamento não ser tributado nem no País A nem no País B.

Observa-se que, caso se aplicassem as normas acordos anti assimetrias híbridas (*anti hybrid mismatch arrangements*), regras recomendadas pela Ação 2, estas não se refletiriam neste exemplo, uma vez

---

<sup>92</sup> Esquema baseado na figura 2.1 Modified hybrid mismatch rule, OECD/G20 Designing effective controlled foreign company rules, 2015. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241152-en.pdf?expires=1572530730&id=id&accname=guest&checksum=3F73AA4BA1EB3FC82970B6AE6D3E5E65> para mais referências sobre o tema, vide. *International Tax Structures in the BEPS Era- An Analysis of Anti-Abuse Measures, Volume 2, IBFD tax Research Series, 2015, pp. 160.*

<sup>93</sup> Vide Leopoldo Parada, *Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach*, 3.3.1. *CFC Rules and Reverse Hybrid Entities*, “When analysing the application of linking rules, especially in transactions involving deductible payments received by reverse hybrid entities, it is possible to ascertain that CFC rules can be very effective in playing a role similar to that provided under a defensive rule. This idea appears to be recognized by the OECD in different passages of the BEPS Action 2 Final Report.”, pp. 986.

que, para o recebimento dos juros, seria necessário que fosse o País A a tributar. Na hipótese do País A ser um país terceiro e o País C um Estado-Membro, nesta situação, este País precisava de negar a dedução dos juros que foram pagos em consequência do empréstimo feito. Este exemplo não seria alcançado pelas regras da Ação 2, pelo facto do pagamento não criar uma incompatibilidade híbrida sob as regras existentes nos Países B ou C. Em vez disso, o que acontece é a criação de uma incompatibilidade híbrida, em conformidade com a legislação do País A, que é o País que considera a C Co como uma entidade transparente.

Fica evidente que o pagamento dos juros é um pagamento que poderá ser dedutível intra-grupo. A razão pela qual não está incluído no cálculo da receita da sociedade estrangeira controlada, tem a ver com o tratamento que o pagador tem, com base na legislação da sociedade-mãe. Em conformidade com a regra estabelecida, o pagamento seria incluído como se fosse um item de interesse pago por outra CFC, quando fosse calculada a receita CFC da A Co.

O exemplo envolve um conflito na classificação da entidade, que poderá apresentar um resultado semelhante quando for utilizado um empréstimo que será tratado como património para fins do País A. O efeito pode ser gerado através da exploração da diferença no tratamento da residência para fins fiscais. A título exemplificativo, o País A, ao aplicar as suas próprias regras sobre residência fiscal, poderá tratar B Co como residente no País C, e assim o pagamento de juros poderia ser ignorado sob uma exceção do mesmo país<sup>94</sup>. De acordo com as regras CFC do País A, não seria incluída renda na CFC caso tiver sido recebida dos contribuintes que são considerados residentes na jurisdição da sociedade estrangeira controlada.

---

<sup>94</sup> Alguns Países têm exceção, conforme previsto em *Notes, nº3, "Several countries including the United States have exceptions in their CFC rules for payments made between companies in the same country."*, *Rules for defining a CFC. pp.30. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241152-en.pdf?expires=1568471957&id=id&accname=guest&checksum=14400D8AE4D3968D85FA6BA3B067054E>*



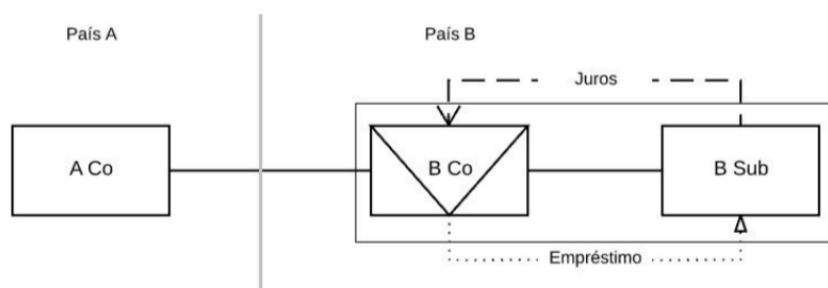
Nesta circunstância de acordo de assimetria híbrida (*hybrid mismatch arrangements*), com o recurso a híbridos inversos (*reverse hybrids*)<sup>95</sup>, a OCDE, com as recomendações do BEPS, já previa uma criação de normas, nas quais se percebia que, se uma assimetria híbrida resultasse de uma dedução sem a devida inclusão, o Estado que fosse pagar deveria recusar essa dedução, uma vez que, de acordo com as recomendações, uma regra de defesa, caracterizada pela decisão de que cabe ao Estado que paga não recusar a dedução, o Estado do credor deverá fazer a inclusão no seu lucro tributável. No entanto, essa regra defensiva não seria necessária, pois nesses casos, a situação poderia ser evitada apenas com a aplicação das normas CFC. A norma CFC possui um bom potencial de resposta para os problemas que possam decorrer dos acordos de assimetrias híbridas.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Vide Christian Kahlenberg, *Hybrid Entities: Problems Arising from the Attribution of Income Through Withholding Tax Relief – Can Specific Domestic Provisions be a Suitable Solution Concept?*, 2.2 Reverse Hybrid Entity Structures, pp. 152- 153, Table 1, pp. 154 Intertax, Vol. 44, Issue 2, 2016.

<sup>96</sup> Previsão na Ação 2 do plano BEPS, particularmente como previsto no *Chapter 5, Recommendation 5.1. Improvements to CFC and other offshore investment regime*. §171 “Payments made through a reverse hybrid structure will not result in D/NL outcomes if the income is fully taxed under a CFC (...) in the investor jurisdiction that requires the investor to include its allocated share of any payment of ordinary income made to the intermediary on a current basis(...) therefore recommends that jurisdictions introduce or extend their offshore investment regimes to require a taxpayer to take into account, for tax purposes, any item of ordinary income allocated to that taxpayer by a reverse hybrid.” Deste modo, “(...) Treating income allocated by a reverse hybrid as taxable under the laws of the investor jurisdiction would have the effect of neutralising any hybrid mismatch under a payment to a transparent entity. Such a rule would ensure that the payer jurisdiction could suspend the application of the hybrid mismatch rule insofar as payments were allocated to investors in the investor jurisdiction.” pp.64. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241138-en.pdf?expires=1568472552&id=id&accname=guest&checksum=2DF3FBDEF83097D322F86FD521BB9365>

Figura 7<sup>97</sup>:



Na figura acima verifica-se que A Co, B Co e B Sub, são consideradas entidades relacionadas. A A Co é residente no País A e possui participações na sociedade B Co, domiciliada no País B. A sociedade B Co é considerada opaca no País A, enquanto que no País B é como se fosse transparente (híbrido inverso - *reverse hybrid*). A empresa B Sub obtém um empréstimo de B Co, que adquire os juros correspondentes. Não obstante, os gastos com os juros serem dedutíveis no País B, o incremento patrimonial associado à sociedade B Co não será tributado no seu País, em virtude de o País B considerar que o incremento patrimonial pertence à entidade A Co, residente no País A.

Da mesma forma, no País A, não será tributado, uma vez que aqui se considera que B Co é uma entidade opaca e, por isso, seria no País B que deveria ocorrer a tributação. Esta circunstância resulta assim numa possibilidade de dedução no País B sem a devida inclusão (D/NI). Nesta possibilidade, caso seja aplicada uma norma CFC, o resultado seria que os lucros de B Co seriam diretamente imputados a A Co e consequentemente tributados.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> Esquema com respaldo na figura do livro *International Tax Structures in the BEPS Era- An Analysis of Anti-Abuse Measures, Volume 2, IBFD tax Research Series, 2015, pp. 160.*

<sup>98</sup> Vd. Manuela Duro Teixeira “A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado - algumas notas”, a mesma defende que “a imputação não é devida para além do primeiro nível de sociedade com tributação privilegiada que se encontre na cadeia de participações descendente”, Estudos em memória do Prof. Doutor J.L Saldanha Sanches, Coimbra, 2011, Volume V- pp.665.

Na condição de aplicar especificamente o artigo 9º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, seria da competência do País A, a tributação do incremento patrimonial que foi resultado do recebimento de juros por B Co. Caso o País A fosse um país terceiro e B Co pertencesse a um Estado-Membro da UE, o que sucederia é que o País onde a B Co é residente, deveria negar a dedução dos juros provenientes do grupo B.

### **3.3 Relação entre a Ação 2 e a Ação 4**

De acordo com o Relatório da Ação 2, quando um determinado país introduzir uma regra de taxa fixa, o risco principal de erosão da base e de transferências de lucros são os acordos de incompatibilidade híbridos, mas este é reduzido, uma vez que as deduções dos juros que a entidade poderá reivindicar serão restritos. No entanto, esse risco não é eliminado, pois dentro dos limites impostos pela regra de taxa fixa, pode ainda existir algum espaço para que a entidade reivindique as deduções dos juros em decorrência da circunstância do uso de um instrumento financeiro híbrido ou a utilização da entidade para originar dupla dedução ou deduções sem inclusões.

As Regras de Proporção de grupo<sup>99</sup>, caso sejam aplicáveis, também poderão gerar riscos de incompatibilidade híbrida, no qual os acordos podem

---

<sup>99</sup> A Ação 4 propõe regras de proporção de grupo paralelamente a regras de proporção fixa, e essas regras permitiriam que uma entidade que apresenta despesa de juros líquida acima do valor fixado por um Estado-Membro, deduzisse os juros até o nível de juros líquidos do seu grupo mundial. Para mais, os países têm a possibilidade de aplicar um aumento de até 10% à despesa líquida de juros de terceiros pertencentes ao grupo para evitar assim a dupla tributação. As Regras de proporção de grupo mundial abordada pela Ação 4, têm como base os ganhos que podem ser substituídas por regras diferentes de proporção de grupo. De acordo com o Relatório, a regra de proporção de grupo e a regra de proporção fixa, poderão ser complementadas, caso os Estados-Membros decidam, com outras disposições que têm o poder de reduzir o impacto das regras em entidades ou circunstâncias que apresentem menor risco de erosão das bases e transferência do lucros Disposições descritas por Action 4 - *Limiting Base Erosion involving interest deductions and other financial payments*, p.16. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-executive-summaries.pdf>

ser usados para aumentar a despesa dos juros do grupo, suportando assim um nível mais elevado de deduções em todo o grupo.

Após a observação dos problemas que poderiam ser gerados pela utilização e aplicação de uma taxa fixa e regras de proporção do grupo, existe a necessidade de criar uma nova abordagem para lidar com esses riscos. E, de acordo com o Relatório da Ação 2, Neutralizando os efeitos dos acordos de assimetrias híbridas (*neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*), para lidar com esses riscos, os Estados-Membros deverão implementar as recomendações previstas no Relatório, em conjunto com as recomendações

que abordam as melhores práticas da Ação 4 do BEPS<sup>100</sup>, que recomendam regras para limitarem as deduções dos juros<sup>101</sup>.

Com base no Relatório da Ação 2 do BEPS, as regras de incompatibilidade devem ser primeiramente aplicadas pela entidade antes das regras de proporção da taxa fixa e das regras de proporção de grupo da entidade. Uma vez estabelecido o valor das despesas dos juros, as regras de proporção da taxa fixa e do grupo deverão ser aplicadas com o intuito de

---

<sup>100</sup> A Ação 4 do Plano BEPS teve a pretensão de desenvolver recomendação de um regime baseado na limitação à dedutibilidade dos juros, devendo ser aplicado no âmbito das entidades dos grupos das multinacionais, garantindo que os países a apliquem para combater o BEPS. No entanto, o Relatório observa que nem todos os países estão na mesma posição de combate. Segundo a OCDE, os limites à dedutibilidade de juros encontram fundamento com base no critério EBITDA (*earnings before interest, tax, depreciation and amortization – rendimentos antes dos juros, impostos, depreciações e amortizações*), sendo por conseguinte, necessário estabelecer um rácio de dedutibilidade respeitante aos resultados tributáveis dos contribuintes antes dos juros, impostos, depreciações e amortizações. Os limites de dedutibilidade de juros, previstos na Ação 4 do Projeto BEPS, fundamentam-se no critério EBITDA (*earnings before interest, tax, depreciation and amortization*). Esse critério é mencionado e descrito também na Diretiva (UE) 2016/1164 de 12 de julho de 2016, que prevê a figura do EBITDA, como uma das medidas contra a elisão fiscal, onde o artigo 4º versa sobre as Regras da limitação dos juros. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex:32016L1164>

<sup>101</sup> Existem exceções quanto às empresas financeiras, às instituições financeiras e às empresas de seguros, que devem ser regidas por regras próprias. Embora estas empresas devessem estar igualmente sujeitas a limitações da dedutibilidade dos juros, foi reconhecido que esse setores apresentam algumas características especiais que necessitam de uma abordagem mais adequada. Desta forma, os Estados-Membros não são obrigados a aplicar regras de limitação do juros sobre as empresas que pertencem a esses setores.. Conforme previsto pela OCDE no Relatório da Ação 4 do BEPS, assim sendo “*Finally, the report recognises that the banking and insurance sectors have specific features which must be taken into account and therefore there is a need to develop suitable and specific rules that address BEPS risks in these sectors.*”p.16. OECD/G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments Action 4-2016 Update, Inclusive Framework on BEPS*. p.16 e Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Considerando explicação do item (9) da Diretiva. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex:32016L1164>.

determinar qual o valor total que poderá ser deduzido ou em que medida a despesa líquida dos juros não deve ser aprovada<sup>102</sup>.

No que respeita à neutralização dos efeitos híbridos, e considerando a questão da dívida da entidade, são recomendadas também duas regras, uma regra principal e uma regra secundária, a primeira geralmente aplicada pelo Estado da fonte onde é gerado a remuneração e a regra secundária pelo Estado de residência do beneficiário do rendimento.

A regra principal apoia-se na negação de deduzir uma remuneração do capital alheio, na medida em que não seja incluído na base de tributação do beneficiário, de acordo com a lei da jurisdição em que este será tributado. De outra maneira, que não haja permissão de deduzir, caso a remuneração do capital alheio pago for considerada igual a um custo que poderá ser dedutível na esfera do beneficiário do rendimento.

Na hipótese de o Estado da fonte não aplicar a regra principal acima descrita, competirá ao Estado da residência do beneficiário da remuneração adotar uma regra de defesa onde esteja incluída a remuneração recebida na

---

<sup>102</sup> OECD/G20, Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements, 2015. Recommendation 9.2- Implementation and co-ordination, Interaction with Action 4, §317, pp.102-103 Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9\\_7\\_8\\_9\\_2\\_6\\_4\\_2\\_4\\_1\\_1\\_3\\_8\\_-\\_e\\_n\\_.pdf?expires=1568472552&id=id&accname=guest&checksum=2DF3FBDEF83097D322F86FD521BB9365](https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9_7_8_9_2_6_4_2_4_1_1_3_8_-_e_n_.pdf?expires=1568472552&id=id&accname=guest&checksum=2DF3FBDEF83097D322F86FD521BB9365)

base tributária do beneficiário ou negar a dedução de acordo, como no caso de acordos de assimetrias híbridas (*hybrid mismatch arrangements*)<sup>103</sup>.

A OCDE elaborou as recomendações previstas acima, em relação à neutralização dos dispositivos de assimetrias híbridas, previstos na ação 2 do Projeto BEPS, assim como as recomendações sobre a necessidade de haver limitação à dedutibilidade de juros. Mesmo que essas recomendações tenham sido feitas como uma procura por soluções, não foram ainda assim suficientes para atacar o problema de base.

---

<sup>103</sup> Cfr. nº 55, pp. 67. A Ação 2 possui uma resposta primária e uma resposta defensiva. “A resposta primária recomenda que os países recusem a dedução de um pagamento, na medida em que não seja incluído no rendimento tributável do contribuinte do outro Estado. A resposta defensiva recomenda uma reação do Estado de residência do beneficiário: assim, se o Estado da fonte autorizar a dedução de um gasto, qualificável no Estado de residência do beneficiário como um rendimento isento, este segundo Estado deve tributar.”, V.A resposta espanhola: *Félix Daniel Martínez Laguna, “Institucional Hybrid Financial Instruments and Double Non-Taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain”, Intertax, 2016, nº6 e 7, pp.447 e ss., spec. 453 e ss. Vide também Leopoldo Parada, Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach, “The pragmatic approach of matching tax outcomes in the case of transactions involving hybrid and reverse hybrid entity structures has also given rise to pragmatic solutions. Indeed, BEPS Action 2 recommends a two- level domestic solution to deal with hybrid entity mis- match arrangements, namely a primary response and a defensive rule, which together are known as ‘linking rules”, pp. 979-981, Intertax, Vol. 46, Issue 12, 2018.*

Considerando como exemplo a Ação 4, as regras criadas apenas limitam a dedução dos juros<sup>104</sup>, mas não têm o objetivo de eliminar ou acabar com as dívidas das empresas e todas as consequências que daqui advêm.

Outra questão pertinente está ligada à deficiência da disparidade gerada pelos instrumentos financeiros e à insuficiência das regras dos preços de transferências para resolver os problemas da sub-capitalização.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Existem vários tipos de normas que foram concedidas para limitar a dedutibilidade dos juros. Em Portugal a norma está prevista no artigo 67º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

“1 - Os gastos de financiamento líquidos concorrem para a determinação do lucro tributável até ao maior dos seguintes limites:

a) (euro) 1 000 000; ou

b) 30% do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos.

2 - Os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis nos termos do número anterior podem ainda ser considerados na determinação do lucro tributável de um ou mais dos cinco períodos de tributação posteriores, após os gastos de financiamento líquidos desse mesmo período, observando-se as limitações previstas no número anterior.

3 - Sempre que o montante dos gastos de financiamento deduzidos seja inferior a 30% do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos, a parte não utilizada deste limite acresce ao montante máximo dedutível, nos termos da alínea b) do n.º 1, até ao 5.º período de tributação posterior.

4 - Para efeito do disposto nos n.os 2 e 3, consideram-se em primeiro lugar os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis e a parte não utilizada do limite referido no número anterior que tenham sido apurados há mais tempo.

(...)” Disponível em: [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/codigos\\_tributarios/CIRC\\_2R/Pages/irc67.aspx](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/CIRC_2R/Pages/irc67.aspx)

<sup>105</sup> Vide nº 101, 7.3 Subcapitalização, híbridos e cláusula geral antiabuso, pp.79.



#### 4. Diretiva Anti Evasão Fiscal

Atualmente, não existe ainda uma harmonização em toda a União Europeia a nível de tributação direta, uma vez que o mercado interno não foi concretizado, apesar de se poder argumentar que a harmonização dos impostos poderia ser positiva no âmbito da UE<sup>106</sup>.

Essa desarmonização traduz-se num enorme desafio para as administrações dos Estados-Membros e, por outro lado, cria enormes oportunidades para as multinacionais. Independentemente desta falta de harmonização, a mesma tem atuado na consolidação e na coordenação no que diz respeito às regras que regem a tributação internacional das empresas, com o intuito de combater os acordos de assimetrias híbridas que utilizam estruturas agressivas do planeamento fiscal.

Para garantir que o combate anti-BEPS seja levado a cabo em coordenação com a aplicação de legislações vinculativas, a União Europeia estabeleceu que era necessário implementar as recomendações previstas no Projeto BEPS, inclusive as previstas na Ação 2.

A Comissão Europeia, no dia 28 de janeiro de 2016, apresentou e publicou uma nova proposta de Diretiva em matéria de elisão fiscal. No contexto da necessidade de lutar contra a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo, a Diretiva criou regimes que dizem respeito a situações em que os contribuintes agem contra o verdadeiro objetivo da lei, que tiram partido das

---

<sup>106</sup> *European Commission Strasbourg, 25.10.2016, SWD (2016) 341 Final, "Commission Staff Working Document - Impact Assessment: Accompanying the document Proposals for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base and a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Disponível: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/swd\\_2016\\_341\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/swd_2016_341_en.pdf) , Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base, article 61º- Hybrid mismatch, article 61ºa - Tax residency mismatches, Chapter X- Transparent Entities, Article 62º- Allocation of the income of transparent entities to taxpayers holding an interest, Article 63º -Determining transparency in the case of third country entities.*

disparidades ente os sistemas fiscais nacionais, a fim de reduzir a sua fatura fiscal.<sup>107</sup>

O Conselho adotou, em 20 de junho de 2016, a Diretiva (UE) 2016/1164<sup>108</sup>, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. De acordo com a Diretiva Anti Evasão Fiscal (*Anti-Tax Avoidance Directive* (ATAD 1) existem seis áreas de atuação, a saber:

- a) dedutibilidade de juros - visa limitar a dedução de juros e desencorajar os acordos de dívidas artificiais criados para amenizar os impostos. As regras relativas para limitar os juros são necessárias para desencorajar essas práticas, limitando a dedutibilidade dos gastos excessivos com os empréstimos que são obtidos pelos contribuintes. E é necessário estabelecer um rácio de dedução que respeite os resultados tributáveis dos contribuintes antes de juros, impostos, depreciações e amortizações (EBITDA- *earnings before interest, tax, depreciation and amortization*)<sup>109</sup>;
- b) tributação à saída (*exit tax*) – tem a finalidade de garantir, no caso de o contribuinte transferir os seus ativos ou a sua residência fiscal para outra jurisdição fiscal, conceder ao primeiro Estado o poder de tributar o valor económico de quaisquer mais-valias geradas no seu território, ainda que não tenham sido realizadas no momento da sua saída. Existe a necessidade de uma inspeção relativamente à aplicação da tributação à saída, devendo ilustrar as condições de conformidade com o direito da

---

<sup>107</sup> Proposta COM (2016) 26 final, “(...) estabelece regras contra a prática de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno (...)” Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1464116150231&uri=CELEX:52016PC0026>

<sup>108</sup> DIRETIVA (UE) 2016/1164 DO CONSELHO, de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex:32016L1164>

<sup>109</sup> Artigo 4º -Regras da limitação dos juros, da Diretiva (UE) 2016/1164, de 12 de julho de 2016.

UE. Não caberá a tributação à saída quando a transferência dos ativos de natureza temporária, e os ativos reverterem para os Estados-Membros do autor da transferência, na hipótese da transferência ser efetuada para satisfazer os requisitos em matéria dos fundos próprios, de outro modo para efeitos de gestão de liquidez, ou na possibilidade de ocorrerem operações de financiamento feitas através de valores mobiliários ou de ativos que forem constituídos com o intuito de garantia<sup>110</sup>;

- c) Regra geral anti-abuso – tem a função de colmatar as lacunas existentes, não prejudicando a aplicação das regras anti-abuso específicas. As regras gerais anti-abuso deverão ser aplicadas a esquemas que não sejam genuínos<sup>111</sup>, caso contrário deverá o contribuinte dispor do seu direito de optar pela estrutura mais vantajosa do ponto de vista fiscal para as suas atividades comerciais. Existe uma observância que as regras gerais anti-abuso deverão ser aplicadas não somente em situações nacionais dos Estados-Membros da UE, mas também em relação aos países terceiros, para que não haja diferenciação na sua aplicação. Além disso, os Estados-Membros podem aplicar sanções caso sejam aplicáveis as regras gerais anti-abuso, no caso de verificarem que o esquema não é genuína, poderão ser analisadas todas as razões económicas válidas pelos Estados-Membros<sup>112</sup>;
- d) Regras relativas às sociedades estrangeiras controladas (CFC - *controlled foreign companies*) – têm como efeito a retribuição à sociedade-mãe o direito aos rendimentos de uma filial controlada sujeita

---

<sup>110</sup> Artigo 5º- Tributação à saída, Diretiva (UE) 2016/1164, de 12 de julho de 2016.

<sup>111</sup> De acordo com o próprio artigo 6º da Diretiva (UE) 2016/1164, “considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica”.

<sup>112</sup> Vide artigo 6º- Regra geral antiabuso, da Diretiva (UE) 2016/1164, de 12 de julho de 2016.

a baixa tributação. E, como consequência, a sociedade-mãe estará sujeita a tributação relativamente a estes rendimentos atribuídos no Estado onde é residente para efeito fiscal. Com a finalidade de assegurar as regras relativas às sociedades estrangeiras controladas, estas regras consistem numa resposta proporcional aos problemas relacionados com a erosão de base e a mudança dos lucros (*base erosion and profit shifting*). É necessário que os próprios Estados-Membros limitem as suas regras relativas às sociedades estrangeiras controladas a nível dos rendimentos que tenham sido desviados de forma artificial para a filial e que visem precisamente situações em que a maioria das funções que geraram o rendimento devido ao nível da filial controlada seja realizada no Estado do contribuinte. Também está previsto que seja aplicável para prevenir situações tanto nos países terceiros como na União Europeia<sup>113</sup>;

- e) Assimetrias híbridas (*hybrid mismatches*) - estas resultam das diferentes formas de qualificação jurídica dos pagamentos (instrumentos financeiros) ou das entidades híbridas, diferenças que surgem através da interação de pelo menos dois ordenamentos jurídicos das jurisdições. É necessária também uma cooperação entre os Estados-Membros e os países terceiros, bem como a definição das assimetrias híbridas relacionada com estabelecimento estável<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Vide artigo 7º - Regra das sociedades estrangeiras controladas e artigo 8º- Cálculo dos rendimentos das sociedades estrangeiras controladas da ATAD 1

<sup>114</sup> Previsão do artigo 9- Assimetrias híbridas, da Diretiva.

Ao estabelecer essas regras<sup>115</sup>, a Diretiva tem como objetivo principal reforçar o nível médio de proteção para combater o planeamento fiscal agressivo existente no mercado interno. É responsabilidade dos vinte e oito Estados-Membros a execução da melhor forma de definição dos elementos específicos dessas regras que seja adequada e que esteja de acordo com os seus sistemas de tributação das sociedades, dada a existência de vinte e oito sistemas diferentes de tributação. O objetivo da Diretiva é a criação de um nível mínimo de proteção dos sistemas dos Estados-Membros contra as práticas de elisão fiscal em toda a União Europeia<sup>116</sup>.

Posteriormente, será necessária uma coordenação entre os Estados-Membros no desenvolvimento de respostas com aplicação prática dos resultados das regras previstas nas 15 ações propostas pela OCDE contra o BEPS<sup>117</sup>, uma vez que o BEPS tem consequências negativas para todos os Estados-Membros<sup>118</sup>. Para combater os efeitos do BEPS, a União Europeia, começou a colocar em prática outras medidas como a implementação de várias diretivas que combatem a elisão fiscal, como a Diretiva 2011/96/UE do Conselho de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum

---

<sup>115</sup> Vide nº 55, Regra de inversão, “A regra de inversão foi controversa, desde o início, e embora se supusesse em certo momento que iria ser adotada, foi eliminada da Diretiva”, pp. 130. pp.128; Spanish Tax Alert, *La switch-over clause* propusiera por la Comisión Europea o cómo retroceder veinte años en materia de fiscalidad internacional, “(...) No obstante, la cláusula de inversión (*switch-over clause*), regulada en el artículo 6 de la propuesta de directiva sí supone un impacto relevante en una de las piedras angulares de la reforma fiscal, ya que modifica el sistema de eliminación de la doble imposición de las rentas de fuente extranjera introduciendo una limitación al método de exención en vigor desde 1996 en la mencionada ley. Este cambio afecta a los dividendos y participaciones en beneficios procedentes de entidades residentes en terceros Estados, a las rentas positivas obtenidas en la transmisión de la participación en estas entidades no residentes y a las rentas de establecimientos permanentes también situados en terceros Estados.” Disponível em: <https://www.gap.com/wp-content/uploads/2018/03/la-switch-over-clause-propuesta-por-la-comision-europea-o-como-retroceder-veinte-anos-en-materia-de-fiscalidad-internacional.pdf>

<sup>116</sup> Vide explicação nº2 da Diretiva.

<sup>117</sup> Vide nº 3 da ATAD 1.

<sup>118</sup> A União Europeia para combater os efeitos do BEPS, começou a colocar em prática outras medidas como a implementação de várias diretivas que combatem a elisão fiscal,

aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes<sup>119</sup>, a Diretiva 2009/133/CE de 19 de outubro de 2009, relacionada com o regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e as permutas de ações entre as sociedades de Estados-Membros diferentes e a questão relacionada com a transferência da sede para um outro Estado-Membro<sup>120</sup>, e a título exemplificativo a Diretiva de Troca de Informações, como prevista abaixo:

i) Diretiva 2011/16/UE do Conselho de 15 de fevereiro de 2011- relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, que revogou a Diretiva 77/99/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1977<sup>121</sup>. A Diretiva 2011/16/UE de 15 de fevereiro de 2011, estabelece regras claras e precisas no âmbito de cooperação administrativa entre os Estados-Membros, institui a Troca de Informações a pedido<sup>122</sup>, a

---

<sup>119</sup> Diretiva 2011/96/UE, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0096>

<sup>120</sup> Diretiva disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32009L0133>

<sup>121</sup> Relativa a assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos diretos e dos impostos sobre os prémios de seguros. A Diretiva 77/799/CEE, apesar de posteriormente ter sido alterada, foi concebida no âmbito de um mercado interno diferente do atual e por isso já não conseguia satisfazer os novos requisitos em matéria de cooperação administrativa. E por isso, a mesma não foi alterada, pois uma alteração não seria considerada suficiente para atingir os objetivos necessários, e por isso foi revogada e substituída por um novo instrumento adequado para a cooperação administrativa, a nova Diretiva 2011/16/UE.

<sup>122</sup> A Troca de Informações a pedido, consiste na troca de informações que tem por base um pedido que foi apresentado por um dos Estados-Membros que requereu a um outro Estado-Membro desde que requerido num caso específico, com base no artigo 5º, procedimento de troca de informações a pedido.

automática<sup>123</sup> e a Troca espontânea<sup>124</sup> de informações, abrangendo tanto pessoas singulares como coletivas na União Europeia. É devido que os Estados-Membros deverão trocar informações sobre casos concretos que lhe sejam solicitado por outro Estado-Membro, devendo observar os requisitos mínimos a serem seguidos, procedendo aos inquéritos necessários para se obter as informações.

Conforme a Diretiva, existe a questão da “relevância previsível”<sup>125</sup> com o propósito de permitir a troca de informações em matéria fiscal, de forma possível e simultânea, deixando claro que os Estados-Membros não podem efetuar investigações aleatórias e nem mesmo pedir informações que tenham uma utilização duvidosa relativamente a um contribuinte sobre a sua situação tributária<sup>126</sup>. É importante salientar que a troca de Informações constitui um dos meios mais eficazes para reforçar o correto estabelecimento dos impostos em situações transfronteiriças e combater as fraudes. A diretiva não faz qualquer distinção quanto ao âmbito de aplicação dos impostos, ou seja, a Troca de

---

<sup>123</sup> Enquanto que a Troca de Informações automática de informações obrigatória, consiste numa comunicação sistemática já pré-definida a um outro Estado-Membro, sem a necessidade de um pedido prévio, mas sim em intervalos regulares que foram pré-estabelecidos, como previsto no nº8 e 9º do artigo 3º e artigo 8º da Diretiva 2011/16/UE.

<sup>124</sup> A Troca espontânea de informações, consiste numa comunicação não sistemática, podendo ocorrer a qualquer momento e sem aviso prévio de outro Estado-Membro, como previsto no artigo 9º e artigo 10º da mesma Diretiva, que versa sobre o âmbito de aplicação e condições da troca espontânea de informações, e o prazo para serem disponibilizadas as informações.

<sup>125</sup> Vide nº 55, pp.306-307.

<sup>126</sup> Deverá ser interpretada de forma flexível, conforme previsto no artigo 20º da Diretiva 2011/16/UE de 15 de fevereiro de 2011, para não se comprometer a eficácia da troca de informações, que versa sobre os formulários normalizados e informatizados, que servem para facilitar, uma vez que foram feitos no formato eletrónico, sendo transmitidas as informações por via eletrónica através da Rede CCN, como previsto no artigo 21º da Diretiva. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0016&from=SK>

Informações é aplicável a todos os tipos de impostos<sup>127</sup> que foram cobrados por um dos Estados-Membros.

Como previsto, a Diretiva 2011/16/UE revogou e substituiu a Diretiva 77/999/CEE, e teve o intuito de colocar a troca de informações automáticas como padrão internacional. Posteriormente, em 2014, a Diretiva 2014/107/UE do Conselho, de 9 de dezembro de 2014, alterou a Diretiva 2011/16/UE no que concerne à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade<sup>128</sup>, e à troca de informações referentes às contas financeiras que abrange os juros, dividendos e os rendimentos derivados de vendas ou de ativos. De acordo com a Diretiva, a troca de informações assume uma importância fundamental como meio de combater a fraude e a evasão fiscal transfronteiriças reconhecida pelo G20.

Entre os Estados Unidos da América e outros países, incluindo os Estados-Membros, decorreram negociações de acordos bilaterais em matéria de troca automática de informações para aplicar a Lei de Conformidade Fiscal de Contas Estrangeiras dos Estados Unidos, regime conhecido como FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*). Este acordo inspirou o desenvolvimento de uma norma internacional única para a troca automática de informações fiscais. As informações prestadas têm como base um modelo comum de transmissão das informações, Padrão Comum de Relatório (*“common reporting standard”*), norma comum de comunicação, a ser considerada como um padrão mundialmente único, que está previsto na Diretiva 2014/107/UE.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> De acordo com o nº2 do artigo 2º da Diretiva, não será aplicável ao imposto sobre o valor acrescentado, aos direitos aduaneiros e nem a impostos especiais de consumo que tenham sido abrangidos por outra legislação de um Estado-Membro.

<sup>128</sup> Diretiva 2014/107/UE do Conselho de 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0107>

<sup>129</sup> Cfr. nº55, pp.298 e ss.



## 4.1 Objetivo e propósito

A Diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal, conhecida como ATAD 1, surgiu como uma resposta conclusiva à Ação 2 do BEPS, assim como a necessidade de respostas dos Estados-Membros contra a prática das outras 14 ações da OCDE contra o BEPS, com o objetivo de melhorar a eficiência do mercado interno na luta contra as práticas de elisão fiscal e no combate contra o abuso de impostos corporativos<sup>130</sup>.

A ATAD 1 tem um caráter *mínimis*, em que a diretiva não impossibilita a aplicação das disposições nacionais ou as convenções destinadas a garantir um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional<sup>131</sup>. De acordo com a diretiva, deve proteger-se o mercado interno em domínios específicos, embora tenha ficado evidente que esta diretiva não abordou a incompatibilidade de entidade híbrida inversa, apenas no que respeita à neutralização dos efeitos dos descasamentos das entidades híbridas, a nível do mercado interno. Caberá aos Estados-Membros aplicar regras mais rígidas do que as que foram exigidas pela ATAD 1, caso entenda, mas a ATAD 1 consiste num padrão a ser seguido.

Como mencionado acima, o nível mínimo de proteção contra as práticas de elisão fiscal que interferem diretamente no funcionamento do mercado interno garante um ambiente mais equitativo e sólido para as empresas, além de que os Estados-Membros têm a possibilidade de implementar inúmeras opções além das disposições previstas na ATAD 1. Ou seja, o caráter de *mínimis* da ATAD 1 deixa a cargo dos Estados-Membros a implementação de regras mais rígidas de acordo com o seu entendimento.

---

<sup>130</sup> Ana Paula Dourado, *The EU Anti Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?*, 2016, 44, *Intertax*, Issue 6/7, pp.440.

<sup>131</sup> Vide artigo 3º da Diretiva (UE) 2016/1164 de 12 de julho de 2016, que versa sobre o nível mínimo de proteção, de acordo com o artigo é possível verificar que não existe impedimento de forma alguma a outras aplicações tanto no nível nacional quanto a nível internacional, que foram destinadas a garantir um nível mais elevado de proteção quanto a matéria coletável dos impostos sobre as sociedades dentro do âmbito nacional.

No entanto, uma vez que a implementação por parte dos Estados-Membros pode levar a algumas incertezas no âmbito jurídico, algumas disparidades, resultados decorrentes de dupla tributação ou de dedução sem inclusão, foi alegado que a ATAD 1 não é considerada a melhor solução para o combate ao planeamento fiscal agressivo, mas como uma segunda melhor opção de resposta<sup>132</sup>.

Esse fato poderá ser explicado pela simples circunstância da aprovação da Diretiva CCCTB (*common corporate tax base and a common consolidated corporate tax base – imposto de base comum de empresas e imposto de base comum de empresas consolidadas*)<sup>133</sup>, segundo a o próprio documento após as conclusões publicadas do Plano BEPS da OCDE, a Presidência do Luxemburgo retomou o exame técnico mais aprofundado com observância dos aspetos internacionais e de anti-abuso da CCCTB, com a finalidade de facilitar uma implementação em coordenação com as recomendações feitas pela

---

<sup>132</sup> Ana Paula Dourado, “The EU Anti Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?”, 2016, Intertax, 44, Issue 6/7, pp. 440- 446.

<sup>133</sup> *Commission staff working document, Impact assessment, Accompanying the document, Proposals for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base and a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), Strasbourg, 25.10.2016, Disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/swd\\_2016\\_341\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/swd_2016_341_en.pdf), Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base, article 61º- Hybrid mismatch, article 61ºa - Tax residency mismatches, Chapter X- Transparent Entities, Article 62º- Allocation of the income of transparent entities to taxpayers holding an interest, Article 63º -Determining transparency in the case of third country entities. Disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/com\\_2016\\_685\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2016_685_en.pdf), and Henk van Arenddonk, 2017, the Year of the Dreamers; 2018, the Year of the Realists?, pp. 3, EC Tax Review 2018- 1.*

OCDE<sup>134</sup>, a CCCTB visava consolidar os impostos da União Europeia, e assim a criação de um conjunto único de regras sobre as empresas da UE que calculavam os seus próprios impostos no espaço europeu foi adiada.<sup>135</sup>

## 4.2 O regime do artigo 9º da ATAD 1

De acordo com a ATAD 1, a definição de assimetrias híbridas está prevista no artigo 2º, nº 9:

«Assimetria híbrida», uma situação entre um contribuinte num Estado-Membro e uma empresa associada noutro Estado-Membro, ou um entendimento estruturado entre partes em Estados-Membros caso o resultado seguinte seja imputável a diferenças na qualificação jurídica de um instrumento financeiro ou de uma entidade:

- a) a dedução do mesmo pagamento, despesas ou perdas ocorre tanto no Estado-Membro onde o pagamento tem origem, onde as despesas são incorridas ou as perdas são sofridas como noutro Estado-Membro («dupla dedução»); ou

---

<sup>134</sup> *"In July 2015, most delegations supported such a split and suggested that the "anti-BEPS directive" address both third countries and intra-EU situations. At the following technical meetings in Council, the Presidency brought further clarifications as to how such EU legislation could materialise more concretely. In this context, the Presidency reflected BEPS related issues which had already been subject to technical examination into a consolidated text of the prospective "anti-BEP" directive. On 28 January 2016 and while work on the re-launched CCCTB proposal was progressing, the Commission tabled a proposal for a directive against tax avoidance practices. As a matter of fact, the proposed instrument included most of the elements of the international and BEPS related aspects of the CCCTB in an effort to lay down a coordinated approach to implementing certain common minimum standards against tax avoidance in the EU.", pp. 140-141, supra 156. Disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/swd\\_2016\\_341\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/swd_2016_341_en.pdf)*

<sup>135</sup> Commission (EC), 'Proposal for Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), SWD(2016) 342 final, pp. 2.

- b) é deduzido um pagamento no Estado-Membro onde o pagamento tem origem, sem a correspondente inclusão, para efeitos fiscais, do mesmo pagamento no outro Estado-Membro («dedução sem inclusão»).

Além disso, considerando a definição de empresa associada prevista no artigo 2º, nº4 , é possível verificar uma observação quanto aos efeitos do artigo 9º, que versa sobre as assimetrias híbridas, no caso em que a assimetria envolva uma entidade híbrida, a presente definição será alterada de forma a que o requisito de 25% seja substituído por um outro requisito de 50%, ou seja para ser considerada uma empresa associada. Caso envolva uma entidade híbrida terá que ser substituída por uma entidade na qual o contribuinte detenha direta ou indiretamente uma participação, em que deverá ter 50% ou mais em termos de direito de voto ou de capital social, ou tem direito a receber dos lucros dessa entidade.

No caso de ser uma pessoa singular ou no caso de uma entidade que detém direta ou indiretamente uma participação de no mínimo 50% ou mais em termos de direitos de voto ou de capital social de um contribuinte, tem direito a receber dos lucros do contribuinte. Ainda de acordo com alteração da percentagem para os 50%, no caso de uma pessoa singular ou de uma entidade detiverem direta ou indiretamente uma participação de 50% ou mais em um contribuinte ou em algumas entidades, todas as entidades envolvidas, inclusive o contribuinte serão considerados como sendo empresas associadas.<sup>136</sup>

A Diretiva (UE) 2016/1164 considerou ainda os acordos das assimetrias híbridas, no artigo 9º, e forneceu alterações recomendadas para as legislações internas dos Estados-Membros. O artigo possui a seguinte redação:

---

<sup>136</sup> Modificação do requisito de 25% para 50% de acordo como prevista pelo artigo 2º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece as regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex:32016L1164>

## Artigo 9º

### Assimetrias híbridas

1. Na medida em que uma assimetria híbrida resulte numa dupla dedução, a dedução é concedida apenas no Estado-Membro em que esse pagamento tem origem.
2. Na medida em que uma assimetria híbrida resulte numa dedução sem inclusão, o Estado-Membro do pagador recusa a dedução desse pagamento.

Este artigo, previsto na Diretiva (UE) 2016/1164, tem como finalidade principal evitar as disparidades que foram causadas pelos híbridos e que utilizam as mesmas como “assimetrias híbridas”<sup>137</sup>. Ficou evidente que este artigo concedeu apenas meios parciais de neutralização dos efeitos das entidades híbridas, uma vez que aborda apenas os descasamentos que sucedem totalmente dentro da União Europeia, requerendo apenas ajustes ligados as legislações domésticas nos Estados-Membros, no local em que o pagamento foi efetuado.<sup>138</sup>

A Ação 2 do BEPS traz recomendações para a neutralização dos efeitos híbridos, concedendo respostas primárias e defensivas, e, noutro ponto, o artigo 9º da Diretiva (UE) 2016/1164 segue o pensamento previsto no Projeto BEPS<sup>139</sup>. Este artigo desempenha um papel em que a substância se sobrepõe à forma. De acordo com o previsto na disposição do nº1 do artigo 9º da ATAD, onde se substancializam as regras do Projeto BEPS referentes às ações 8-10,

---

<sup>137</sup> Vide nº 55, 6. Disparidades causadas pelos híbridos - assimetrias híbridas, pp. 136.

<sup>138</sup> Balco Tomas, *European Union - ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive, 2017*, 57, *European Taxation*, p.128 e ss.

<sup>139</sup> D Gutmann and others, *European Union- The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey, Volume 57, Issue: European Taxation, 2017*, nº1, 6. Article 9: hybrid Mismatches, 6.1 General introduction, “(...) The rule contained in article 9 is similar to the recommendations contained in the final report on Action 2 of the OECD`BEPS project. The scope of the Directive`s provision is, however, limited to intra-EU scenarios.” pp.2-20.

que abordam as diretrizes de preços de transferência para que exista a garantia de que os resultados dos mesmos estejam em comum acordo com a criação de valores do grupo de empresas.

As ações 8-10<sup>140</sup> têm como objetivo esclarecer e fortalecer os padrões existentes, introduzindo orientações sobre a aplicação do *arm's lenght principle*<sup>141</sup>(princípio do comprimento do braço) e uma aproximação para a precipitação de maneira apropriada dos intangíveis que possuem difícil valor dentro do *arm's lenght principle*. O artigo 9º, nº1 da Diretiva Anti-abuso relaciona-se com as ações 8-10 no que diz respeito à dedução dos gastos com o Estado-Membro onde estes foram gerados, de acordo com o entendimento das regras de “criação de valor”, ou de outra forma, caso a assimetria híbrida tenha o resultado final de uma dupla dedução, então essa dedução será somente concedida no Estado-Membro no qual o pagamento tenha origem.

Além disso, o nº2 do artigo 9º da ATAD I, prevê regras contra as assimetrias híbridas, onde é referido que, caso uma assimetria híbrida resulte numa dedução sem inclusão, o Estado-Membro do pagador recusará a dedução deste pagamento. É possível verificar que a regra estabelecida neste artigo optou por uma resposta primária, não sendo possível verificar uma regra secundária que poderia proteger uma jurisdição da consequência dos resultados considerados indesejáveis, na hipótese de o outro Estado-membro não aplicar devidamente as regras de incompatibilidade de entidades híbridas primárias, está ausente na Diretiva Anti-abuso.

A Diretiva 2011/96/UE, que versa sobre o regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de diferentes Estados-Membros,

---

<sup>140</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10: 2015 Final Reports, Action 8 - Intangibles, Action 9 - Risks & Capital and Action 10 - High-risk transactions*. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports\\_9789264241244-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports_9789264241244-en#page1)

<sup>141</sup> The Arm's Lenght Principle, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010\\_tpg-2010-en#page10](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#page10)

em especial o artigo 4º, nº1, alínea a)<sup>142</sup> fundamenta-se nos casos onde uma sociedade-mãe ou o seu estabelecimento estável, em virtude da associação da sociedade-mãe com a sua sociedade afiliada, venha a obter lucros distribuídos de outra forma que não seja por ocasião da liquidação desta última, tanto o Estado-Membro da sociedade-mãe como o Estado-Membro do estabelecimento estável da sociedade-mãe deverão abster-se de tributar os lucros<sup>143</sup>.

As previsões do artigo 9º, nº2 da Diretiva Anti-abuso distinguem-se das do artigo 4º, nº1, alínea a) da Diretiva sobre as sociedades-mães afiliadas, bem como a interpretação e transposição para o direito interno das recomendações da Ação 2 do Projeto BEPS da OCDE, por alguns países como exemplo França e Áustria<sup>144</sup>. Na hipótese de uma conjunção entre o artigo 9º, nº2 da ATAD 1 com o artigo 4º, nº1, alínea a) da Diretiva sociedades-mães afiliadas, conclui-se que ambos terão uma resposta, embora não sejam as mesmas respostas.

---

<sup>142</sup> No artigo 4º desta diretiva, é consagrada uma solução na qual a neutralização deverá ser aplicada a todos os sujeitos passivos, e tendo como regra geral a não contemplação de isenção dos dividendos quando os pagamentos forem dedutíveis. Não existindo dupla tributação económica, portanto, não devem ser eliminadas. Ocorre que o artigo 4º da Diretiva das sociedades-mãe afiliadas cobre determinadas situações, e as outras restantes precisam ser resolvidas através do Direito interno, desde que estejam em concordância com as liberdades fundamentais. Conforme previsto por Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal global*, Almedina, 2017, 4.1 Dedução/ não inclusão, pp.67.

<sup>143</sup> Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, o objetivo dessa diretiva é de isentar os rendimentos de retenção na fonte, os dividendos e outros tipos de distribuição de lucros que foram pagos pelas sociedades afiliadas às respetivas sociedades-mães, bem como eliminar a dupla tributação desses rendimentos a nível da sociedade-mãe.

<sup>144</sup> Vide nº 55, O pacote anti-abuso da Comissão Europeia, pp. 136-137; João Sérgio Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia*, Almedina, 2018, Capítulo VI. Diretiva contra as práticas de elisão fiscal, pp. 231 e seguintes.

Ou seja, enquanto que o artigo 9º, nº1 da ATAD 1 passa a ter uma resposta primária, o artigo 4º, nº1, alínea a) terá uma resposta defensiva.<sup>145</sup>

Como se verificou, na ATAD 1, Diretiva Anti-abuso, o artigo 9º possui apenas a resposta primária e a consequência da ausência de uma regra secundária na ATAD 1, poderá resultar numa aplicação incorreta da mesma por parte de um Estado-Membro, podendo ainda expor outros Estados-Membros à probabilidade de entidades de assimetrias híbridas (*hybrid entity mismatches*), inclusivamente em situações ocorridas entre os próprios Estados-Membros.

Além disso, a ATAD não tem a finalidade de afetar as características gerais dos sistemas fiscais dos Estados-Membros, de outra forma, a ATAD 1 não trata das incompatibilidades que resultam das características conflituantes dos pagamentos, não obstante apenas de entidades de caracterização conflituantes<sup>146</sup>, sendo possível afirmar que a ATAD 1 não forneceu um mecanismo suficiente para resolver por completo os problemas derivados das entidades de assimetrias híbridas (*hybrid entity mismatches*) a nível da União Europeia<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Vide nº 55, pp. 137, e mais sobre definição de resposta primária e resposta defensiva, vide. Félix Daniel Martínez Laguna, *"Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain, 2.1 The OECD Approach to the Problem - (...) The primary rule would amount to the denial of payment deductibility by the payer (source state) if the residence state does not recognize the inclusion of the income in the taxable base of the payee. For its part, the defensive rule implies the inclusion of the income in the taxable base of the payee basically if the income has been deductible in the source country. Moreover, and related to this contribution, the OECD has recommended another rule pursuant to which the residence country should deny the application of the exemption method established in domestic law to the extent the payment is deductible by the payer (...)"* pp.448.

<sup>146</sup> D Gutmann; A. Perdelwitz; E. Raingeard de la Blétière; R.H.M.J Offermans; M. Schellekens; G. Gallo; A. Grant Hap; M van Doorn- Olejnicka, *European Union - The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey, Volume 57, Issue: European Taxation, 2017, nº1, pp.2-20.*

<sup>147</sup> Vide Balco Thomas, *European Union - ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive, 2017, Volume 57, nº4, published: 6 march, 2017, pp.128 e ss.*



Antes da apresentação da Proposta de Diretiva Antiabuso, houve dúvidas em relação à resposta primária, no sentido de se a mesma era considerada compatível com as liberdades fundamentais do Tribunal e o princípio da não-discriminação, tendo em vista que as regras anti-híbridos só se aplicam a situações transfronteiriças.<sup>148</sup>

Existem duas razões fundamentais que defendem a existência de compatibilidade da resposta primária com o Tratado. A primeira está relacionada com as regras anti-híbridos, que são regras de repartição de competências, e por isso essas regras saem fora da apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia. Em segundo lugar, mesmo que existissem dúvidas sobre a natureza das regras, partindo do pressuposto de que foram aprovadas por meio do Direito secundário da União Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia é genuíno quanto à compatibilidade deste Direito secundário da UE com o Direito primário.<sup>149</sup>

Por isso, é possível verificar que o artigo 9º da Diretiva Anti-abuso é considerado compatível com as liberdades fundamentais, especificamente com

---

<sup>148</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2017, pp. 137, e vide. Alexander Rust, *BEPS Action 2: 2014 Deliverable Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements and its compatibility with the non-discrimination provisions in tax treaties and the Treaty on the Functioning of the European Union*, ePub Wu Institutional Repository, 2.2.1.3 *Compatibility with the fundamental freedoms*, pp.6 e ss. Disponível em: <http://epub.wu.ac.at/5466/1/BTR.pdf>

<sup>149</sup> Rita Szudoczky, *The Sources of EU Law and their Relationships: Lessons for the Field of Taxation, Primary law, secondary law, fundamental freedoms and State aid rules*, 2013, University of Amsterdam, UvA Dare ( Digital Academic Repository) Disponível: [https://pure.uva.nl/ws/files/1701555/129841\\_thesis.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/1701555/129841_thesis.pdf); Ana Paula Dourado, *The relationship between primary and secondary EU law in tax law: the legitimacy of different interpretation criteria applied to EU and national legal sources*, 9.3- *The relevant elements on interpretation of secondary EU law in the light of primary EU law: a case of originalism in interpretation?*, *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*, pp.179 e ss; Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2017, pp. 136- 137.

a liberdade de estabelecimento<sup>150</sup> e com a liberdade de circulação de capitais<sup>151</sup>. Mas essa liberdade de circulação de capitais tem uma abrangência não somente entre as relações dos Estados-Membros, mas também nas relações entre Estados-Membros e países terceiros. Um dos grandes problemas da ATAD 1, especificamente no tocante aos países terceiros e, uma vez que a Diretiva Anti-abuso apenas abrange regras para eliminação de assimetrias híbridas com os sistemas fiscais da UE, é que exclui um sistema que abrangesse também a questão das regras que eliminassem assimetrias híbridas com sistemas fiscais de países terceiros.<sup>152</sup>

Uma vez que o que foi previsto na ATAD 1, não conseguiu cobrir todas as incompatibilidades das entidades híbridas, e a mesma ficou aquém do que foi recomendado pela Ação 2 do BEPS, foi necessário que se tomassem medidas para se emendar a ATAD 1. Existia a necessidade de uma nova Diretiva destinada a clarificar questões quanto ao impedimento de elisão fiscal através de recomendações de regras que eliminassem as assimetrias híbridas nas relações entre Estados-Membros e países terceiros.

---

<sup>150</sup> Direito de Estabelecimento, previsto no artigo 49º, no âmbito das disposições, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro, com base no TJUE. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF)

<sup>151</sup> A liberdade de circulação de capitais, está prevista no artigo 63º, do capítulo 4. No qual é estritamente proibido todas as restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros, como previsto no nº2 do artigo 63º do TJUE, também não serão admissíveis restrições a nível dos pagamentos entre os Estados-Membros e entre os Estados-Membros e os países terceiros., Segundo Ana Paula Dourado, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, levou a concluir que a liberdade de livre circulação de capitais recebeu o escopo mais amplo quando comparado às outras liberdades fundamentais. Essa verdade é demonstrada por três razões. Razões previstas em *The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Developments*, pp. 193-195. *Intertax*, Vol. 45, Issue 3, 2017.

<sup>152</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2017, 6.1 O regime do artigo 9º e comparação com a Ação 2 do BEPS, pp.138.

No dia 21 de fevereiro de 2017, os Estados-Membros da UE chegaram a um acordo no ECOFIN<sup>153</sup> (*Economic and Financial Affairs, Taxation and Customs*), em que deveriam alterar e introduzir regras que auxiliassem a responder às assimetrias híbridas entre os Estados-Membros da União Europeia e os países terceiros. Foi acordado que as novas regras deveriam estar de acordo, por forma a frustrar os mecanismos híbridos e prevenir a erosão da matéria coletável nos países da UE.<sup>154</sup> Essa alteração seria realizada na ATAD (Diretiva do Conselho (UE) 2016/1164), que foi alterada em 29 de maio de 2017, na qual o Conselho adota a Diretiva Anti-elisão Fiscal alterada, introduzindo regras para corrigir as “assimetrias híbridas” com os sistemas fiscais de países terceiros.<sup>155</sup>

Ao fazer a alteração da ATAD 1, o Conselho ampliou o âmbito territorial do artigo 9º desta Diretiva, fazendo com que fossem neutralizadas as diferenças de qualificação para os países terceiros e entre outras qualificações diferentes que constam já na ATAD 2, Diretiva (UE) 2017/ 952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros, ou seja as regras contidas na ATAD 2 serão adicionais à ATAD 1, abrangendo as incompatibilidades com países terceiros.

---

<sup>153</sup> ECOFIN, Conselho de Assuntos Económicos e Financeiros, no qual possuem uma responsabilidade no âmbito da União Europeia, principalmente em três âmbitos principais, política, económica, fiscalidade e na regulamentação dos serviços financeiros. Inclui questões como as relações económicas com países que não pertencem à UE. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/council-eu/configurations/ecofin/>

<sup>154</sup> Proposta de diretiva do Conselho que altera a Diretiva Antielisão Fiscal no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros - orientação geral, fevereiro de 2017, e o compromisso da Presidência, fevereiro de 2017. Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6334-2017-INIT/pt/pdf> , <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6333-2017-INIT/pt/pdf>, Conselho Europeu, Conselho da União Europeia, Pacote Antielisão Fiscal, Cronologia, <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/anti-tax-avoidance-package/>

<sup>155</sup> Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0952>

### 4.3 Os problemas nas relações com países terceiros

A Diretiva (UE) 2016/1164 também evidencia preocupações com a questão ligada aos países terceiros e, por isso, um dos objetivos é a prevenção de situações tanto nos países terceiros como na União Europeia. Quando está em causa a aplicação das regras CFC na UE, podem entrar em confronto com as liberdades fundamentais, no caso, a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais. A nível das relações com Estados terceiros é necessário esclarecer algumas diferenças, visto que as consequências práticas serão diferentes do âmbito de aplicação dentro da UE.

A liberdade de estabelecimento é determinada pela percentagem de detenção de ações ou de direitos de voto numa sociedade, desde que confira ao seus detetores uma participação que lhe permita ter “influência certa sobre as decisões dessa sociedade e lhe permita determinar as respetivas atividades”<sup>156</sup>

Em contrapartida, a liberdade de circulação de capitais não reivindica esta influência decisiva. O Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que a liberdade de circulação de capitais foi colocada em questão, ainda que possa existir uma sociedade que exerça influência decisiva sobre outra, a legislação respetiva não é aplicável, apenas a casos de influência decisiva<sup>157</sup>. Esta liberdade fundamental possui algumas particularidades e a liberdade de circulação de capitais tem o mesmo plano normativo das outras três liberdades fundamentais.

---

<sup>156</sup> TJUE, 13.04.2000, C-251/98, C. *Baars*, TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, §45 e §72.

<sup>157</sup> TJUE, 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

O aspeto mais significativo é que existe uma possibilidade de essa liberdade ser aplicada nas relações com Estados terceiros, quando ocorrem, conferindo-lhe uma dimensão externa.<sup>158</sup>

Com base no artigo 63º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, está previsto que, no âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições a nível dos movimentos de capitais, as restrições aos pagamentos entre os Estados-membros e entre a relação dos Estados-membros e os países terceiros.<sup>159</sup> Esta disposição normativa conferiu direitos e também benefícios aos países que não foram abrangidos pelo Tratado da União Europeia, de forma que os Estados-Membros pertencentes à UE não poderão de forma alguma tratar de modo diferente ou impor restrições aos movimentos de capital para Estados Terceiros. E, em consequência dessa legislação, é possível que essa liberdade seja invocada para impedir a aplicação do regime relativo a CFC, sempre que estejam em causa países terceiros, sendo evidente que o regime implica uma restrição às liberdades fundamentais.<sup>160</sup>

Devido a este facto, o TJUE, desde que haja justificações plausíveis, aceita restrições à aplicabilidade dessa liberdade, desde que estejam direccionadas ao combate de dispositivos puramente artificiais que não reflitam a realidade económica.

---

<sup>158</sup> Vide, *Stahl, K, Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*, 13 *EC Tax Review* 2, p.47-56 (2004); TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, §89.

<sup>159</sup> Artigo 63º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, Livre Circulação de Capitais, 04.2019, Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU\\_2.1.3.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.3.pdf)

<sup>160</sup> O'BRIEN, M., *Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law: the ECJ's rulings and unresolved issues*, British tax review 6, 2008, TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* § 43; TJUE, 13.11.2014, C-112/14 *Commission v. UK* § 19 e 20; TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, § 144 e 147.

Com a finalidade de respeitar as liberdades fundamentais<sup>161</sup>, deverão existir combinações com uma exclusão com base na substância destinada a limitar na União Europeia, uma vez que há um impacto causado pelas regras nos casos em que as sociedades estrangeiras controladas não exerçam atividade económica substantiva. Por isso, é necessário existir uma cooperação entre as administrações fiscais e os contribuintes, por exemplo, a nível da recolha dos fatos e das circunstâncias que são consideradas relevantes para se determinar se haverá a necessidade de aplicar a regra de exclusão.

Os Estados-Membros, ao fazerem a transposição para as suas legislações internas relativamente às sociedades estrangeiras controladas, deverão utilizar listas brancas, cinzentas ou negras (*black lists*<sup>162</sup>) de países terceiros, compiladas de acordo com determinados critérios, definidos na respetiva ATAD e que poderão incorporar a nível da taxa de imposto sobre as sociedades ou apliquem o uso de listas brancas de Estados-Membros convertidas nessa base.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> Mais sobre as liberdades, vide João Sérgio Ribeiro, *Direito Fiscal da União Europeia*, Tributação Direita, Almedina, 2018, pp.27 e seguintes.

<sup>162</sup> Lista aprovada pela Portaria n.º 150/2004, posteriormente alterada pela Portaria n.º 345-a/2016, de 30 de dezembro, que atualmente se encontra revogada, desde 01.01.2018, a presente Portaria, que retirou a Ilha de Man, Jersey e o Uruguai da lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada, aprovada pela Portaria n.º 150/2004 de 13 de fevereiro, retificada pelo Decreto- Ret 31/2004 de 23 de março, com a redação dada pela Portaria n.º 292/2011 de 08-nov pelo(a) Lei n.º 114/2017 - Diário da República n.º 249/2017, Série I de 2017-12-29, que ripristinou a lista anteriormente vigente. Esta Lei entrou em vigor em 2018.01.01. Disponível em: [https://dre.pt/web/guest/analisejuridica/-/aj/114426277/init/maximized?p\\_p\\_auth=fH6uXfPc&mode=dt](https://dre.pt/web/guest/analisejuridica/-/aj/114426277/init/maximized?p_p_auth=fH6uXfPc&mode=dt)

<sup>163</sup> O Regime Fiscal Português em matéria de Sociedades Estrangeiras Controladas, encontra-se prevista no artigo 66.º do CIRC, Imputação de Rendimento de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado. Na alínea a, n.º6, do artigo 66.º do CIRC, está previsto que será considerado uma entidade está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando, o território da mesma constar da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças. (Redação da Lei n.º32/2019, de 3 de maio).

#### 4.4 Transposição da Diretiva (UE) 2016/1164

De acordo com a Diretiva Anti-abuso, no artigo 11º, que versa sobre o prazo para a Transposição, está previsto que a ATAD1 deveria ser implementada até o dia 31 de dezembro de 2018, e os Estados-Membros deveriam aplicar as referidas regras a partir de 1 de janeiro de 2019<sup>164</sup>. Em relação às regras anti-híbridos, estas deverão ser transpostas para o direito interno, uma vez que não existe uma regra que tenha correspondência com o regime que foi aprovado pela Diretiva Anti-abuso.<sup>165</sup> De acordo com a Diretiva, está prevista a existência de uma ressalva, na altura da implementação da Diretiva, no que concerne ao artigo 4º da ATAD 1, que versa sobre regras de limitação dos juros. Os Estados-Membros deverão observar o nº6, do artigo 11º da Diretiva, e têm um prazo especial, no qual deverão aplicar as regras específicas até o final do primeiro exercício fiscal completo a seguir à data de publicação, sobre uma norma que seja mínima no que diz respeito à Ação 4 do projeto BEPS e, o mais tardar, até 1 de janeiro de 2024.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> Diretiva (UE) 2016/1164, Prazo para transposição de acordo com o artigo 11º.

<sup>165</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2017, 7. A transposição da Diretiva Antiabuso, pp. 147

<sup>166</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2017. “A transposição da Diretiva antiabuso vai manter algumas disparidades entre os Estados-Membros, dado que as suas regras contêm um regime “mínimo” e algumas disposições contêm um número excessivo de opções (é o caso do artigo 4º).”pp.138. Além do mais ainda no mesmo assunto, “A regra CFC da Diretiva antiabuso não tem de ser transposta, mas por razões de segurança jurídica será preferível transpor o artigo 7º, quanto ao objeto e âmbito do regime CFC.”, pp. 140.

## 5. Diretiva Anti Evasão Fiscal 2

Foi então necessário estabelecer regras que neutralizassem as assimetrias híbridas da forma mais abrangente possível. Como referido anteriormente, a Diretiva (UE) 2016/1164 abrangia apenas as assimetrias híbridas que interagiam entre os sistemas fiscais de tributação das sociedades dos Estados-Membros, colocava os países terceiros à margem, ou seja, fazia com que as empresas multinacionais utilizassem ainda o planeamento fiscal agressivo para obter vantagens a nível fiscal, utilizando os sistemas fiscais de países terceiros que não estavam preparados para neutralizar os efeitos que as assimetrias híbridas poderiam causar na relação entre os Estados-Membros e os países terceiros.

Como ficou estabelecido no artigo 9º da ATAD 1, existe a intenção de acabar com as disparidades decorrentes dos híbridos que derivam das diferenças na classificação legal de uma entidade e dos instrumentos financeiros híbridos na relação entre um contribuinte de um Estado-Membro da UE e uma empresa associada que esteja em outro Estado-Membro e os acordos estruturados que existem entre as diferentes partes nos Estados-Membros. No entanto, as empresas associadas muitas vezes estão envolvidas em estruturas que vão além das fronteiras da União Europeia, o que significa que as empresas associadas poderiam aproveitar-se das incompatibilidades híbridas com o intuito de reduzir suas responsabilidades tributárias na União Europeia, utilizando um país terceiro.

Além disso o artigo 9º da Diretiva Anti-abuso não conseguiu cobrir as incompatibilidades híbridas que resultam das diferenças na imputação dos pagamentos imputados a uma entidade híbrida ou no caso de um estabelecimento estável híbrido, incluindo os casos em ocorrem pagamentos que foram efetuados a algum estabelecimento estável que não foram considerados. Também outras grandes categorias, como as assimetrias que resultam dos pagamentos efetuados ao abrigo de um instrumento financeiro; as assimetrias híbridas que resultam dos pagamentos feitos pela entidade



híbrida ao seu proprietário ou de pagamentos feitos entre a sede e o estabelecimento estável ou, no caso de serem entre dois ou mais estabelecimentos estáveis, os resultados gerados pela dupla dedução que decorreram dos pagamentos que foram efetuados por uma entidade híbrida ou um estabelecimento estável híbrido.<sup>167</sup>

Assim, o ECOFIN apresentou uma proposta relativa às assimetrias híbridas que envolviam países terceiros, com a finalidade de estabelecer regras que estivessem em consonância com as recomendações feitas pelo Relatório da OCDE, em específico, a Ação 2 do Projeto BEPS. Esta proposta deveria incluir também regras relativas às assimetrias com países terceiros, no caso em que pelo menos uma das partes envolvidas seja um contribuinte sujeito ao imposto sobre as sociedades ou talvez no caso de híbridos inversos, entidades que estejam localizadas num dos Estados-Membros, assim como as regras sobre as assimetrias híbridas importadas.

Como ficou previsto no documento Dossiê interinstitucional 2016/0339 (CNS), Bruxelas, de 12 de maio de 2017, as regras de assimetrias e as regras de assimetrias de residência fiscal deverão ser aplicadas a todos os contribuintes que são sujeitos ao imposto sobre as sociedades em um dos Estados-Membros, devendo incluir-se ainda os estabelecimentos estáveis, os mecanismos equiparados a estabelecimento estável<sup>168</sup> e as entidades residentes em países terceiros. As regras das assimetrias híbridas inversas

---

<sup>167</sup> Vide Conselho da União Europeia, Bruxelas, 12 de maio de 2017, Atos legislativos e outros instrumentos, Assunto: Diretiva do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros. Pontos (14) e (15). pp. 6 .Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6661-2017-INIT/pt/pdf>

<sup>168</sup> Vide artigo 5º Estabelecimento Estável e comentários ao artigo. Modelo de Convenção, pp. 39.

devem ser aplicadas sobre todas as entidades que forem consideradas como entidades transparentes para efeitos fiscais por um Estado-Membro.<sup>169</sup>

Foi por isso que o ECOFIN alterou a ATAD 1, surgindo a ATAD 2 como uma emenda, com o objetivo principal de estender o âmbito da Diretiva, abrangendo os países terceiros e devendo ser ainda incluídas as medidas recomendadas pelo Relatório da Ação 2 do BEPS. Além disso, a ATAD 2 pretende que os Estados-Membros neguem deduções de despesas, perdas ou até pagamentos ou, no caso de inclusão dos pagamentos como se fossem receitas tributáveis, quando surgir uma incompatibilidade híbrida. A ATAD 2 contemplou ainda quatro categorias de assimetrias híbridas, contendo as incompatibilidades híbridas no que respeita a filiais, transferências híbridas, incompatibilidades importadas e de residência fiscal.

## **5.1 Entidades Híbridas**

Conforme previsto na Diretiva (UE) 2016/1164, a ATAD 1, apresentava uma definição um pouco vaga e limitada em relação às entidades híbridas e, por isso, poderiam ocorrer discrepâncias, ou seja, diferentes interpretações entre os Estados-Membros, na hipótese de serem implementadas nas legislações nacionais. E por esse motivo, foi adicionada uma nova definição de incompatibilidade híbrida, que se encontra prevista na Diretiva (UE) 2017/952, ATAD 2, onde se prevê, no artigo 1º, a alteração da Diretiva (UE) 2016/1164, que passa a ter uma nova redação. Segundo o artigo 1º, nº2, o artigo 2º será

---

<sup>169</sup> Conselho da União Europeia, Bruxelas, 12 de maio de 2017, Atos legislativos e outros instrumentos, Assunto: Diretiva do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros. Pontos (5), (6), (7), e (8). pp. 3-4. Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6661-2017-INIT/pt/pdf> , Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que diz respeito a assimetrias híbridas com países terceiros. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0952>.

alterado, e em observância da alínea b) da ATAD 2, está previsto que o ponto 9) passará ter a seguinte redação:

- b) Um pagamento efetuado a uma entidade híbrida que dê origem a uma dedução sem inclusão e em que o resultado dessa assimetria decorra de diferenças na imputação de pagamentos efetuados à entidade híbrida ao abrigo da legislação da jurisdição, na qual a entidade híbrida está estabelecida ou registada e da jurisdição de qualquer pessoa com uma participação nessa entidade híbrida;
- e) Um pagamento efetuado por uma entidade híbrida que dê origem a uma dedução sem inclusão e essa assimetria resulte do facto de o pagamento não ser tido em conta ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário;
- g) Ocorra um resultado de dupla dedução.

Com essa definição é possível verificar que as incompatibilidades de entidades híbridas inversas são tratadas de forma diferente como previsto na ATAD 2, na qual são resolvidas por três medidas diferentes com base na ATAD 2<sup>170</sup>. Como também previsto nas Ação 2 do BEPS, como na ATAD 1, as medidas elencadas também abordam os indícios e os sinais das incompatibilidades híbridas, mas não sua causa. Além disso, a ATAD 2 pretende estar de acordo com as Recomendações da OCDE, e por isso estende a regra secundária prevista nos parágrafos 1º e do 2º do artigo 9º.

Esta regra secundária possui a função de neutralizar incompatibilidades resultantes de dupla dedução, sendo que a nova medida prevista na ATAD 2 é

---

<sup>170</sup> No qual o artigo 9º passará a ter uma redação sobre as assimetrias híbridas, em que na medida que uma assimetria híbrida resultar de uma dupla dedução, na medida que a assimetria híbrida der origem a uma dedução sem inclusão, e no caso dos Estados-Membros recusem uma dedução de qualquer pagamento efetuado por meio de de um contribuinte (...), conforme previsto no artigo 1º, nº 4º da Diretiva (UE) 2017/952 DO CONSELHO de 29 de maio de 2017, que altera da Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0952>

que a dedução será recusada no Estado-Membro que constitui a jurisdição de quem investiu ou, no caso da dedução não ser recusada na jurisdição de quem investiu, será recusada no Estado-Membro que constitui a jurisdição do ordenante. No caso da incompatibilidade híbrida resultante de uma dedução sem inclusão, para a qual a nova medida prescreve uma negação da dedução dos pagamentos feitos pela subsidiária à entidade híbrida, caso a entidade híbrida estiver estabelecida/domiciliada em algum Estado-Membro diferente da filial, como previsto no artigo 9º, nº2, alínea b da ATAD 2, será aplicada uma inclusão aos rendimentos destes pagamentos na jurisdição onde se encontra a entidade híbrida<sup>171</sup>. Observa-se que todas essas medidas propostas pela ATAD 2 também se aplicam na prática aos países que não pertencem a União Europeia.

## 5.2 Entidades de Assimetrias híbridas inversas

No que diz respeito às incompatibilidades híbridas inversas, como esta questão não foi abordada na ATAD 1<sup>172</sup>, foi resolvida pela ATAD 2, abrangendo as *Entidades de Assimetrias híbridas inversas (reverse hybrid entity mismatches)* em duas disposições, o artigo 9º, nº2, e o artigo 9º-A. As incompatibilidades das entidades híbridas resultam dos resultados de dedução e não inclusão, em conformidade, como definido pela Ação 2, a Diretiva (UE) 2017/952 fez uma alteração ao artigo 9º, nº2, que tem a seguinte redação:

---

<sup>171</sup> Vide Diretiva (UE) 2017/952, conforme previsto no qual o nº4, do artigo 1º, prevê que o artigo 9º passa a ter uma redação diferente, no tocante a assimetrias híbridas resultem no caso de uma dupla dedução ou no caso de uma assimetria híbrida originar uma dedução sem inclusão e no caso onde os Estados-Membros recusem uma dedução de qualquer pagamento.

<sup>172</sup> Observa-se que no artigo 1º da ATAD 1, prevê um âmbito de aplicação a todos os contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades em um ou mais de um Estados-Membros, incluindo os estabelecimentos estáveis situados em um ou mais Estados-Membros de entidades residentes para efeitos finais em um país terceiros. Esse artigo 1º é estendido ao que consta no § 2 da ATAD 2.

2. Na medida em que uma assimetria híbrida der origem a uma dedução sem inclusão:

- a) A dedução é recusada no Estado-Membro que constitui a jurisdição do ordenante; e
- b) Caso a dedução não seja recusada na jurisdição do ordenante, o montante do pagamento que daria de outro modo origem a um resultado de assimetria é incluído no rendimento no Estado-Membro que constitui a jurisdição do beneficiário.

Além disso, foi inserida na ATAD 2 uma ampliação no âmbito das entidades híbridas, regras que cobrem os descasamentos entre entidades híbridas inversas que estão previstas pelo artigo 9º-A, com a seguinte redação:

- 1. Caso uma ou mais entidades associadas não residentes, que detenham de forma agregada um interesses direto ou indireto em 50% ou mais dos direitos de voto, participações no capital ou direitos a uma parte dos lucros de uma entidade, que tratem a entidade híbrida como sujeito passivo, a entidade híbrida é considerada residente desse Estado-Membro e tributada sobre o seu rendimento na medida em que esse rendimento não seja de outro modo tributado ao abrigo da legislação do Estado-Membro ou de qualquer outra jurisdição.
- 2. O nº1 não é aplicável a um instrumento de investimento coletivo. Para efeitos do presente artigo, entende-se por <instrumento de investimento coletivo> um fundo ou veículo de investimento com múltiplos detentores, que detenha uma carteira diversificada de títulos e esteja sujeito à regulamentação de proteção dos investidores no país em que está estabelecido.

Como previsto no artigo 9º- A, a definição de entidades híbridas foi alargada pelo artigo 2º, nº 9, que introduziu uma nova definição atualizada que

não constava na ATAD 1<sup>173</sup>. De acordo com o artigo 2º, nº 9º a mais recente redação que define entidades híbridas estabelece que:

2. O artigo 2º é alterado do seguinte modo:

Para efeitos do presente ponto 9) e dos artigos 9º, 9º-A e 9º-B, entende-se por:

i) “Entidade híbrida”, qualquer entidade ou mecanismo considerado entidade tributável ao abrigo da legislação de uma jurisdição e cujos rendimentos ou despesas sejam tratados como rendimentos ou despesas de uma ou várias outras pessoas ao abrigo da legislação de outra jurisdição.

Conforme previsto no artigo 9º-A, é apresentada uma nova disposição que incidiu sobre as *Entidades de Assimetrias híbridas inversas (reverse hybrid entity mismatches)*, aplicando-se as entidades híbridas inversas que foram incorporadas ou estabelecidas dentro do espaço de um dos Estados-Membros da União Europeia. Todavia, poderia ter como consequência um grande problema em relação aos países terceiros, uma vez que que essa definição restrita poderia significar que as entidades híbridas inversas, que não pertenciam à UE, não estariam cobertas pelo que foi previsto na ATAD 2. Além disso, o próprio artigo 2º, nº 9 fez uma introdução onde existe uma nova definição sobre as entidades híbridas que não foram incluídas na ATAD 1. E, como previsto acima, o artigo 2º, nº9 alterou a definição de entidade híbrida, abrangendo a aplicação aos países terceiros.

O artigo 9º-A é exclusivamente aplicável às entidades híbridas inversas das empresas dentro de um dos Estados-Membros. Como previsto, o artigo 9º, nº2, que versa sobre uma medida em que uma assimetria híbrida que dá

---

<sup>173</sup> Gijb Fibbe and Ton Stevens, “Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II”, 2017, 26, 3, EC Tax Review , p.157.

ordem a uma dedução sem inclusão, o seu âmbito foi estendido para que reverterse para as entidades híbridas inversas fora da União Europeia<sup>174</sup>.

O grande propósito das regras sobre as incompatibilidade de entidades híbridas inversas tem como garantia que as entidades transparentes<sup>175</sup> que estejam domiciliadas na União Europeia não sejam utilizadas como entidades híbridas inversas. A finalidade das regras visa a eliminação das possibilidades de assimetrias híbridas inversas quem tenham a pretensão de levar a qualificação dos rendimentos que foram recebidos por entidades transparentes dentro da União Europeia como isentos de impostos por terem resultados de dedução, ao mesmo tempo que não serão incluídos para efeitos tributários na jurisdição, onde a entidade que controla é considerada residente. De outra forma, haverá a eliminação do resultado da renda e torna-se rendimento sem estado (*"stateless income"*)<sup>176</sup>.

Ainda sobre as entidades transparentes, o artigo 9º- A também se aplicará a todas as entidades que forem tratadas como transparentes para efeitos fiscais por um dos Estados-Membros, sendo essa aplicação resultado da extensão pretendida na ATAD 2. A Comissão fez uma alteração no artigo 1º da ATAD 1 com o fim de garantir que o artigo 9º- A fosse aplicável a todas as as entidades que são tratadas como transparentes para fins fiscais por um Estado-Membro.

---

<sup>174</sup> supra 163, p. 157.

<sup>175</sup> Vide definição sobre entidades transparentes, 2.2.1 Entidades híbridas, p.21, e Conselho da União Europeia, Bruxelas, 12 de maio de 2017, Atos legislativos e outros instrumentos, Assunto: Diretiva do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros. Pontos (5), (6), (7), e (8). pp. 3-4. Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6661-2017-INIT/pt/pdf>, Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que diz respeito a assimetrias híbridas com países terceiros. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0952>.

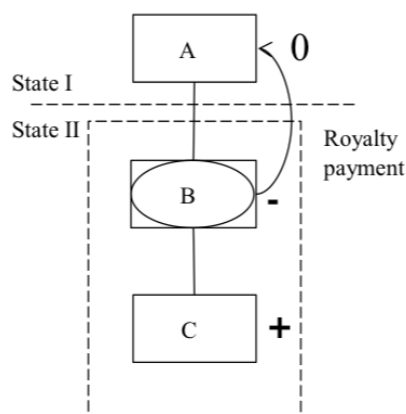
<sup>176</sup> Balco Tomas, "European Union - ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive", 2017, 57, 4, European Taxation, p.132.

### 5.3 Medidas contra incompatibilidades de entidades híbridas

Como demonstrado, as regras sobre assimetrias híbridas inversas (*reverse hybrid mismatches*), estão previstas na ATAD 2, tendo sido explicados os artigos 9º, nº2 e 9º-A. A seguir, iremos explicar a aplicação das medidas previstas, a entidade híbrida com pagamentos desconsiderados (resultado D/ NI), a entidade híbrida reversa na UE (resultado D/NI) e as entidades híbridas reversas em país terceiro (D/ NI).

#### 5.3.1 Entidade híbrida com pagamentos desconsiderados (resultado D/NI)

Figure 8.<sup>177</sup>



De acordo com a figura, as sociedades A, B e C são empresas associadas. A sociedade A é considerada residente no Estado I, a sociedade B

<sup>177</sup> Exemplo retirado do Documento Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, SWD (2016) 345 final. pp. 07. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0687&from=PT>



residente no Estado II, e sociedade C também residente no Estado II. A sociedade B é considerada uma entidade híbrida pelo Estado II e não transparente e o Estado I considera a sociedade B como transparente. Ou seja, o Estado I não reconhece as transações que foram feitas entre as sociedades A e B e, por isso, não inclui os pagamentos de royalties na receita da empresa A. Por outro lado, o Estado II admite que esse pagamento é dedutível pela entidade híbrida B. O pagamento de royalties feito pela sociedade B será compensado com os rendimentos da sociedade C sob um regime de impostos de grupo existente no Estado II. Essa estrutura é considerado um acordo de assimetria híbrida (hybrid mismatch arrangement) obtido através do resultado de uma dedução sem inclusão (D/NI)<sup>178</sup> com base no artigo 2º, nº 9 , alínea e) da ATAD 2.<sup>179</sup>

Assim, como a Ação 2 do Projeto BEPS da OCDE, a ATAD 2 concede uma regra primária na qual nega uma dedução de pagamento por parte de um dos Estados-Membros da jurisdição do pagador, no caso presente, o Estado II do exemplo<sup>180</sup>. Na hipótese da dedução não ser negada no Estado II, a regra secundária deverá ser aplicada e, sendo assim, o valor referente aos royalties

---

<sup>178</sup> Definição de “c)” Dedução sem inclusão”, a dedução de um pagamento ou de um pagamento teórico entre a sede e o estabelecimento estável ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis, em qualquer jurisdição em que esse pagamento ou pagamento teórico é tratado como efetuado (jurisdição do ordenante) sem a correspondente inclusão para efeitos fiscais desse pagamento ou pagamento teórico é recebido, ou é tratado como sendo recebido ao abrigo da legislação de qualquer outra jurisdição;”, previsto artigo 2º, para efeitos do presente ponto 9) e dos artigos 9º, 9º-A e 9º-B, alínea c da ATAD 2.

<sup>179</sup> De acordo com o artigo 1º da ATAD 2, “a Diretiva (UE) 2016/1164 é alterada do seguinte modo, nº 2) O artigo 2º é alterado do seguinte modo: b) O ponto 9) passa a ter a seguinte redação: e) Um pagamento efetuado por uma entidade híbrida de origem a uma dedução sem inclusão e essa assimetria resulte do facto de o pagamento não ser tido em conta ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário;”.

<sup>180</sup> Previsto no artigo 9º, nº2, alínea a: A dedução é recusada no Estado-Membro que constitui a jurisdição do ordenante. Diretiva (UE) Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017.

deverá ser incluído na base tributável da empresa A, situada no Estado I<sup>181</sup>. Pode colocar-se a hipótese de que o Estado II seja um terceiro estado. Como previsto na ATAD 1, a Diretiva (UE) 2016/1164, a regra secundária estava ausente. Na Ação 2 do BEPS, é explicado que uma incompatibilidade poderá surgir no caso de uma dedução exceder a renda de dupla inclusão. A ATAD 2 estabelece a definição de “rendimento de dupla inclusão” (“dual-inclusion income”)<sup>182</sup>. A ATAD 2 define também que o pagamento que foi efetuado por uma entidade híbrida der origem a uma dedução sem inclusão e essa assimetria resulte do facto de o pagamento não ser tido em conta ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário,<sup>183</sup> um dos casos previstos na ATAD 2, será considerado como uma assimetria híbrida. De acordo com o exemplo, do ponto de vista do Estado I, o pagamento não será reconhecido, uma vez que será aplicável ao caso o artigo 9º, nº1 da ATAD 2<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Conforme previsto na nova redação do artigo 9º, nº2, alínea b), dada pela Diretiva (UE) 2017/952: Caso a dedução não seja recusada na jurisdição do ordenante, o montante do pagamento que daria de outro modo origem a um resultado de assimetria é incluído no rendimento no Estado-Membro que constitui a jurisdição do beneficiário.

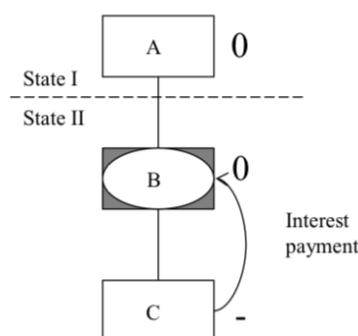
<sup>182</sup> Segundo a ATAD 2, “Rendimento de dupla inclusão”, consiste em qualquer rubrica de rendimento que esteja incluída ao abrigo da legislação de ambas as jurisdições em que sobreveio o resultado de assimetria;”, previsto no artigo 2º, para efeitos do presente ponto 9), alínea g, “Rendimento de dupla inclusão”.

<sup>183</sup> Artigo 2º, ponto 9), alínea e) da Diretiva (UE) Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017.

<sup>184</sup> GK Fibbe & AJA Stevens, Hybrid mismatches under ATAD I and ATAD II, EC Tax Review, 2017, Volume 26, Issue 3. p. 163.

### 5.3.2 Entidade Híbrida Inversa na UE (rendimento D/Nl outcome)

Figura 9.<sup>185</sup>



Neste exemplo, a sociedade A é residente no Estado I e a sociedade B e a sociedade C são residentes no Estado II. O Estado I considera a sociedade B como uma entidade híbrida e não transparente, enquanto que no Estado II, a mesma é tratada como transparente. Dessa forma, para fins fiscais, um pagamento feito à sociedade B não será tributado pelo Estado II. O pagamento de juros feito pela sociedade C à sociedade B será considerado dedutível na visão da sociedade C. Por outro lado, o Estado II compreende o pagamento a ser recebido pela sociedade A no Estado I, concomitantemente, o Estado I determina o pagamento à sociedade B residente no Estado II. O que acontece é que nenhum Estado tributará a renda, pelo fato dos juros serem dedutíveis pela sociedade C<sup>186</sup>.

<sup>185</sup> Exemplo retirado do Documento Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, SWD (2016) 345 final. pp. 07. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0687&from=PT>

<sup>186</sup> Essa estrutura gera um acordo de assimetria híbrida (hybrid mismatch arrangement) como resultado de uma dedução sem inclusão (D/ NI) e enquadra-se no Artigo 2º, ponto 9), alínea b) “Um pagamento efetuado a uma entidade híbrida que dê origem a uma dedução sem inclusão e o resultado dessa assimetria decorra de diferenças na imputação de pagamentos à entidade híbrida ao abrigo da legislação da jurisdição na qual a entidade híbrida está estabelecida ou registada e da jurisdição de qualquer pessoa com uma participação nessa entidade híbrida” da Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017.

De acordo com o preâmbulo 29, as regras relativas às assimetrias híbridas previstas no artigo 9º, nº1 e nº2, só podem ser aplicadas quando uma situação que envolver um contribuinte dê origem a um resultado de assimetria. Ao contrário, não deverá ocorrer um resultado de assimetria quando um mecanismo for objeto de ajustamento previsto nos termos do artigo 9º, nº5, ou do artigo 9º-A e, de igual forma, os mecanismos que podem ser objeto de ajustamento previstos nos termos dessas disposições da ATAD 2 não deverão ser objeto de outros ajustes que estejam ao abrigo das regras relativas às assimetrias híbridas. Ou seja, de acordo com esse preâmbulo prevê-se que, no caso de aplicação do artigo 9º-A, haverá precedência sobre o artigo 9º, nº2.

Este artigo especial prevê que a entidade híbrida será considerada residente de um Estado-Membro e será tributada sobre seus rendimentos na medida em que não tenham sido tributados ao abrigo de uma legislação do Estado-Membro ou de outra jurisdição. De acordo com o previsto nessa norma, aplicado ao exemplo, o Estado II deveria tratar a entidade transparente B como não sendo transparente e tributar o pagamento de juros recebido pela sociedade C.

Essa recomendação prevista na ATAD 2 é compatível com a prevista no Relatório da Ação 2, em particular, o Capítulo 5, que tem recomendações específicas para o tratamento tributário de híbridos inversos. No Capítulo 5.2 existem recomendações para limitar a transparência tributária para investidores

não residentes<sup>187</sup>. Para finalizar, o preâmbulo 30, contém uma norma importante que prevê:

“(30) Caso as disposições de outra diretiva, como as constantes da Diretiva 2011/96/UE do Conselho, conduzam à neutralização da assimetria nos resultados fiscais, não deverá haver lugar à aplicação das regras relativas a assimetrias híbridas previstas na presente diretiva.”

Ou seja, a Diretiva Mães-afiliadas,<sup>188</sup> tem a finalidade de neutralizar as assimetrias nos resultados fiscais e assim, as regras previstas na ATAD 2 não serão aplicadas, incluindo as regras previstas no artigo 9º, nº2 e no artigo 9º-A.

---

<sup>187</sup> “A recomendação 5.2 visa impedir que um não residente tire proveito da transparência fiscal de uma pessoa, a fim de obter uma incompatibilidade nos resultados fiscais”. Além do mais a regra incentiva as jurisdições a “desativar” as suas regras de transparência no caso dessas regras serem usadas principalmente para se obter incompatibilidade híbridas. Por isso foi recomendado o seguinte :

A recomendação aplica-se somente a circunstâncias em que:

- (a) a pessoa é transparente nos termos das leis da jurisdição do estabelecimento;
- (b) a pessoa obtém renda de fonte estrangeira ou renda que não está sujeita a tributação na jurisdição do estabelecimento;
- (c) a totalidade ou parte dessa renda é alocada sob as leis da jurisdição do estabelecimento a um investidor não residente que esteja no mesmo grupo de controle que essa pessoa.

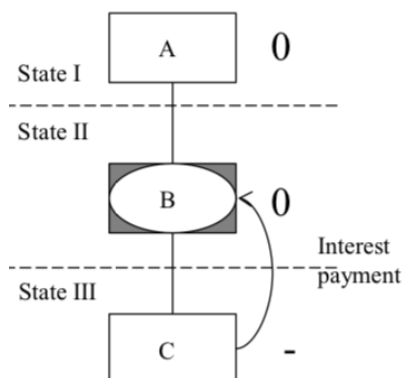
Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241138-en.pdf?expires=1571487172&id=id&accname=guest&checksum=E7B4E170C8FB49E29517E8EE8662E7B6>

Vide *Leopoldo Parada, Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach, 3-4 Recommendation 5.2 of the BEPS Action 2 Final Report: A Step in the Right Direction, Figure 13- Recommendation 5.2 (BEPS Action 2 Final Report)*. pp. 990- 992. Intertax, Vol. 46, Issue 12, 2018.

<sup>188</sup> Directiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0096&from=PL>

### 5.3.3 Entidade híbrida inversa em país terceiro (resultado D/NI)

Figura 10.<sup>189</sup>



Neste exemplo, é possível verificar a existência de três Estados diferentes e a entidade híbrida inversa encontra-se localizada no Estado II. De acordo com a ATAD 2, por existir a presença de um país terceiro, a regra a ser aplicada ao caso será a do artigo 9º, nº2 da ATAD 2. Não sendo aplicável ao caso o artigo 9º-A, que é aplicável aos casos de assimetrias híbridas inversas. No exemplo acima, ambos os Estados I e III irão classificar a entidade B, localizada no Estado II, como não transparente e, como consequência, a sociedade C, localizada no Estado III, vai deduzir os pagamentos de juros feitos à entidade B. No Estado I, onde está localizada a sociedade A, o juro não será incluído para ser tributado, mas será transferido para a entidade híbrida inversa situada no Estado II. Tal acontece porque o terceiro Estado trata a entidade B como fiscalmente transparente e por isso o pagamento não é tributado.

Conforme previsto no artigo 9º, nº2 da ATAD 2, isto é, na medida em que uma assimetria híbrida dê origem a uma dedução sem inclusão, o Estado III

<sup>189</sup> Exemplo retirado do Documento Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, SWD (2016) 345 final. pp. 07. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0687&from=PT>

deverá negar a dedução no caso de uma incompatibilidade híbrida, conforme previsto no nº2 deste artigo, no qual a dedução é recusada no Estado-Membro que constitui a jurisdição do ordenante. De outro modo, o Estado I, por seu lado poderá aplicar uma regra secundária, prevista no artigo 9º, nº2, alínea b) da ATAD 2, a qual será aplicável no caso de a dedução não ser recusada no Estado I, o montante do pagamento que daria de outro modo origem a um resultado de assimetria híbrida, será incluído no rendimento do Estado-Membro que constituiu a jurisdição do beneficiário.

No entanto, essa regra secundária prevista no artigo 9º, nº2, alínea b) da ATAD 2 pode ou não ser aplicada pelos Estados-Membros nas suas jurisdições internas, uma vez que, com base no artigo 9º, nº4, alínea a) da ATAD 2, é-lhe concedida a possibilidade de não aplicar a regra secundária.

#### **5.4 Transposição da Diretiva (UE) 2017/952**

Conforme previsto pela ATAD 2, no artigo 2º, em 29 de maio de 2017, o Conselho previu que os Estados-Membros deverão adotar e publicar até o prazo do dia 31 de dezembro de 2019, as disposições legislativas, incluindo as regulamentares e as administrativas que são consideradas necessárias para que se dê cumprimento à diretiva. Os Estados-Membros deverão transpor a Diretiva para as suas leis e seus regulamentos nacionais até o dia 1 de janeiro de 2020<sup>190</sup>.

Na ATAD 2 também está prevista uma exceção quanto à transposição da Diretiva, no que respeita ao disposto na regra relativa à entidade híbrida inversa (*reverse hybrid entity*), o artigo 9º-A terá um prazo ampliado para a sua

---

<sup>190</sup> Prazo de transposição previsto no artigo 2º, nº1 da Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que diz respeito a assimetrias híbridas com países terceiros. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0952>.

transposição, tendo de ser implementado até o dia 1 de janeiro de 2022.<sup>191</sup> Existe, no entanto, uma questão relativa à entidade híbrida inversa (*reverse hybrid entity*) que não foi tratada, uma vez que existe um lapso de tempo no período entre 1 de janeiro de 2020 e 1 de janeiro de 2022 e, por isso, coloca-se a questão de como deverão ser tratados neste período.

#### 5.4.1 Implementação das ATAD's em Portugal

A transposição da ATAD2 em Portugal, chegou através da implementação da Lei nº32/2019<sup>192</sup>, Proposta de Lei nº177/XIII<sup>193</sup> que teve o intuito de reforçar o combate às práticas de elisão fiscal, transpondo a Diretiva (UE) 2016/1164. A Proposta de Lei pretendeu introduzir alterações à legislação fiscal portuguesa, a qual deve transpor para o direito interno tanto a Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho de 12 de julho de 2016, como a Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, que altera a ATAD1 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros.

---

<sup>191</sup> Conforme previsto no artigo 2º ,nº 3 da ATAD 2. “Que em derrogação do nº1, os Estados-Membros adotam e publicam, até 31 de dezembro de 2021, a legislativa, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento ao artigo 9º-A da Diretiva (UE) 2016/1164 (...) Os Estados -Membros aplicam as referidas disposições a partir de 1 de janeiro de 2022.”

<sup>192</sup> Lei nº32/2019 de 3 de maio, que reforça o combate às práticas de elisão fiscal, transpondo a Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 12 de julho. Previsto no “artigo 1º A presente lei transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, com a redação que lhe foi dada pela Diretiva (UE) 2017/952, do Conselho, de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros.” Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/122217198>

<sup>193</sup> Documento da Proposta de Lei nº177/XIII, pp 01-5 Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734d5463334c56684a53556b755a47396a&fich=ppl177-XIII.doc&Inline=true>



A Proposta de Lei nº177/XIII propôs inúmeras alterações. No entanto, apesar da proposta de lei mencionar a Diretiva (UE) 2017/952, referente às assimetrias híbridas com países terceiros, foi determinado que seria tomada uma decisão na qual a transposição da matéria relativa a assimetrias híbridas deveria ser remetida para um momento posterior, uma vez que carecia de uma análise mais aprofundada e por ter um prazo de transposição mais dilatado<sup>194</sup>.

No dia 3 de maio de 2019, foi publicada no Diário da República, a Lei nº32/2019, que determina a transposição para o direito interno das Diretivas, ATAD 1 e ATAD 2, embora essa transposição tenha sido considerada parcial. Temos que ter em conta que Portugal é um dos Estados-Membros que já tinha implementado na sua legislação fiscal todas as medidas previstas na ATAD 1 e quase todas as previstas na ATAD 2.

As limitações à dedutibilidade dos juros, a tributação dos lucros que correspondam aos gastos dedutíveis pela entidade que os distribui, a tributação à saída, as regras CFC, a norma Geral Anti-Abuso e a tributação dos lucros referentes aos estabelecimentos estáveis que estejam situados fora de Portugal e os sujeitos ao abrigo de um regime fiscal mais vantajoso, são medidas que já se encontram refletidas no ordenamento jurídico da legislação fiscal portuguesa. A questão referente às assimetrias híbridas foi adiada, como referido na Proposta de Lei nº177/XIII, a transposição ao combate das

---

<sup>194</sup> Vide, nº 180, Decisão dada na Proposta de Lei nº177/XIII, § 2, pp. 04.

assimetrias híbridas, dada a complexidade do assunto e o alargamento do prazo para sua transposição<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> A Holanda, por direito comparado, com referência à transposição da ATAD 2, o Ministério das Finanças holandês, no dia 2 de julho de 2019, publicou uma proposta de lei sobre a implementação da Diretiva (UE) 2017/952, estando em conformidade com o documento de consulta que foi iniciado em 29 de outubro de 2018. “Start consultatie nieuwe wet tegen belastingontwijking (ATAD2)” Disponível: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/10/29/start-consultatie-nieuwe-wet-tegen-belastingontwijking-atad2>, NDFR, Platform voor fiscaal expert, Internetconsultatie ATAD 2, Staatssecretaris-Financien ATAD 2, 25-10-2018, Disponível em: <https://www.ndfr.nl/Nieuws/Item/2314>. *Factsheet: Tax policy agenda and letter on tackling tax avoidance and tax evasion, “The implementation of ATAD2 will prevent tax avoidance through hybrid mismatches as far as possible. Hybrid mismatches arise when companies exploit differences between tax systems. Measures will be taken to end the attraction of the most common mismatch, the limited partnership (CV)/private limited company (BV) arrangement”, pp.02* Disponível em: <https://www.government.nl/documents/policy-notes/2018/03/01/factsheet-tax-evasion-and-tax-avoidance>

## 6. Instrumento Multilateral

O Instrumento Multilateral (*Multilateral Instrument*) ou MLI, foi desenvolvido de acordo com a previsão do Relatório da OCDE, a Ação 15<sup>196</sup> do Projeto BEPS. A Ação 15 tinha como objetivo desenvolver um instrumento multilateral que pudesse modificar as convenções bilaterais de dupla tributação<sup>197</sup>. A Convenção Multilateral<sup>198</sup> para a aplicação das medidas relativas às convenções fiscais destinadas a prevenir a erosão da base tributária e a transferência de lucros, concluiu as negociações por mais de 100 jurisdições em novembro de 2016.

No dia 07 de junho de 2017, o MLI foi assinado por 68 países, incluindo Portugal. Alguns países assinaram posteriormente, totalizando as 89 assinaturas<sup>199</sup>, e os signatários incluem não apenas os Estados-Membros da UE mas também jurisdições de outros continentes, de acordo com a OCDE.

---

<sup>196</sup> Vide *Guidance for the development of synthesized texts, Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Measures to Prevent BEPS, BEPS ACTION 15, November 2018*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-guidance-for-the-development-of-synthesised-texts.pdf>, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, Information Brochure*, Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/multilateral-instrument-BEPS-tax-treaty-information-brochure.pdf>, *Frequently Asked Questions on the Multilateral Instrument (MLI)*, Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf>.

<sup>197</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, 10. O instrumento multilateral (ação 15), Almedina, 2017, pp.87

<sup>198</sup> *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*, Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>

<sup>199</sup> Vide documento com “*Signatories and parties to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting, Status as of 18 October 2019, This document contains a list of signatories and parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. Under the provisions of the Convention, each jurisdiction is required to provide a list of reservations and notifications (the “MLI Position”) at the time of signature. The MLI Positions provided for each jurisdiction upon the deposit of the instrument of ratification, acceptance or approval and/or signature are available via the links below.*” Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>

O Instrumento Multilateral tem como objetivo propor soluções concretas para que os países acabem com as lacunas existentes nas regras fiscais internacionais, transpondo os resultados previstos no Projeto BEPS da OCDE e do G20 para os tratados fiscais bilaterais a nível global. Além disso, teve o intuito de implementar padrões mínimos que foram acordados para combater os abusos dos tratados e ainda melhorar os mecanismos de resolução de disputas<sup>200</sup>.

## 6.1 O Instrumento Multilateral e a Ação 2

Uma das medidas de implementação do Instrumento Multilateral concentra-se também na Ação 2 do BEPS<sup>201</sup>, sobre as incompatibilidade híbridas<sup>202</sup>. As medidas específicas para combater as assimetrias híbridas, encontram-se previstas na Parte II da Convenção Multilateral. Na Parte II, estão previstas, no artigo 3º, disposições sobre as entidades transparentes, no nº4, disposições sobre as entidades com dupla residência, em que as entidades residentes em mais de um Estado, só poderão beneficiar do previsto numa convenção caso haja um acordo entre os Estados sobre qual será

---

<sup>200</sup> Vide, nº 184, As medidas implementadas pela Ação 15, medidas que foram desenvolvidas ao abrigo da ação 6 com o intuito de evitar a atribuição de benefícios dos tratados; medidas desenvolvidas ao abrigo da ação 7, prevenir a artificialidade do estabelecimento estável, medidas para resolução para tornar os mecanismos de resolução de litígios mais efetivos, com base na ação 14. pp.88-89.

<sup>201</sup> Vide Luis Eduardo Schoueri, Galdino, *Action 2 and the Multilateral Instrument: Is the Reservation Power Putting Coordination at Stake?*, é possível verificar a inclusão da Ação 2 no Instrumento Multilateral, precisamente nas três disposições, o artigo 3º (*transparent entities*), o artigo 4º (*dual resident entities*), e o artigo 5º (*application of methods for elimination of double taxation*), 3.1 *The inclusion of part II of Action 2 on the Multilateral Instrument*, pp. 107, *Intertax*, Vol. 46, Issue 2, 2018.

<sup>202</sup> Vide, nº 184, pp. 88, Incluindo uma revisão ao previsto no artigo 1º do Modelo da OCDE no que se relaciona com a cobertura das pessoas pelas convenções de dupla tributação.

considerado o Estado de Residência<sup>203</sup>, e o artigo 5º versa sobre aplicação de medidas para eliminação da dupla tributação.

O artigo 3º, nº1 estabelece que os rendimentos, na totalidade ou em parte, obtidos diretamente ou através de uma entidade ou estrutura com efeito fiscal transparente, estes rendimentos serão considerados rendimentos de um contratante de uma Jurisdição Contratante. Mas, essa medida só será considerada para efeitos de tributação se essa Jurisdição a considerar como rendimento de um residente dessa Jurisdição Contratante. Ou seja, o artigo 3º, nº1, tem a finalidade de eliminar a dupla tributação perante um sistema fiscal internacional, no qual está estipulado que se uma Jurisdição Contratante reconhecer os rendimentos para efeitos de tributação, a outra Jurisdição também deverá reconhecer<sup>204</sup>.

O nº2 do artigo 3º, prevê a imposição de uma concessão de uma isenção de imposto sobre o rendimento, dedução ou um crédito de imposto igual ao imposto sobre o rendimento pago não se irão aplicar no caso de a outra Jurisdição tributar o contribuinte como residente, ao abrigo das regras de repartição de competências, conforme previsto nas disposições da convenção fiscal<sup>205</sup>. O artigo 3, nº3, estabelece uma cláusula de salvaguarda, em que, caso um Estado tenha formulado uma reserva sobre o previsto no nº3, artigo 11º, que prevê a aplicação das convenções fiscais para limitar o direito direto de uma Parte a tributar os seus próprios residentes, será feito um aditamento ao previsto no nº1 do artigo 3º, que prevê que não poderá ser interpretado no sentido de prejudicar o direito de um Estado Contratante a tributar os seus residentes .

O artigo 5º da Convenção Multilateral prevê a aplicação de métodos que eliminam a dupla tributação. Este artigo apresenta três opções, das quais os Estados deverão escolher entre as opções A, B ou C. Na hipótese de os

---

<sup>203</sup> Vide nº 184, pp. 91.

<sup>204</sup> Vide 184 pp. 90-92.

<sup>205</sup> Vide nº 184, pp. 91.

Estados escolherem opções diferentes, as opções escolhidas serão aplicadas relativamente aos seus próprios residentes. A opção A está prevista nos números 2 e 3 do artigo 5º, e prevê uma regra de inversão, na qual o Estado de Residência não aplica o método de isenção, caso o Estado de origem não tribute ou não aplique uma taxa que lhe diminua a renda.<sup>206</sup>

Na opção B, não deverá ser aplicado o método de isenção de dividendos, mas sim o método de crédito, no caso do Estado de origem tratar os dividendos como pagamentos dedutíveis. É importante ressaltar que a importância que for deduzida não poderá exceder a fração do imposto sobre os rendimentos que foram calculados antes da dedução. A terceira e última opção prevista, a opção C, faz uma substituição do método de isenção para o método do crédito, no qual o Estado de residência tributa o rendimento e dá um crédito.

No artigo 5º, além destas três opções, está prevista a opção de não ser aplicada nenhuma das opções. O MLI foi concebido como um meio eficaz, com o intuito de alterar as convenções de dupla tributação, sem ter que existir uma negociação separada entre os Estados. No entanto, o Instrumento Multilateral funciona apenas nas relações entre os tratados bilaterais existentes e os que estão por vir. Acresce que o MLI não conseguiu lidar com todas as incompatibilidades híbridas existentes nos tratados bilaterais e, conforme previsto nos próprios artigos, que versam sobre as assimetrias híbridas na

---

<sup>206</sup> Vide nº 184, pp-92.

Convenção Multilateral, essas medidas podem estar sujeitas a algumas reservas<sup>207</sup> e, por isso, a sua eficácia poderá estar comprometida.

O Instrumento Multilateral foi desenhado para uma aplicação mais célere, em coordenação e em coerência com as medidas propostas pelo BEPS, incluindo a Ação 2, relativas às convenções de dupla tributação, num contexto multilateral. Apesar das 89 assinaturas, ainda assim não se pode considerar que o MLI, por si só, irá combater todos os efeitos que as incompatibilidades híbridas geram globalmente, consistindo mais numa alternativa ao combate dos efeitos que os híbridos geram, juntamente com a ATAD 1 e a ATAD 2.

---

<sup>207</sup> Os Estados podem optar por fazer reservas, uma vez que essas reservas são previstas no Instrumento Multilateral, no caso os hybrid mismatches (artigo 3º e 4º), também estão previstas outras reservas nos artigos 8º- 11º (Parte III- Uso abusivo das Convenções), posteriormente poderão os Estados também reservarem o direito de aplicarem os artigos 12º e o artigo 14º (elisão artificiosa da qualificação como estabelecimento estável através de contratos de comissão e estratégias similares, e fracionamento de contratos). Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>, Vide Luis Eduardo Schoueri, Galdino, *Action 2 and the Multilateral Instrument: Is the Reservation Power Putting Coordination at Stake?*, A eficácia do MLI no que concerne a Ação 2 do BEPS, aos artigos 3º, 4º, 5º, é posto em causa, uma vez que por essas disposições estarem sujeitas a reserva, a eficácia da MLI dependerá das listas das reservas dos Estados, o poder da reserva coloca em risco a coordenação. pp. 104-114, *Intertax*, Vol. 46, Issue 2, 2018.

## 7. Conclusão

O planeamento fiscal agressivo assumiu uma importância crescente para as empresas multinacionais, uma vez que estas empresas utilizavam estratégias com o intuito de explorar as disparidades e as lacunas existentes nos diferentes ordenamentos jurídicos, com o único objetivo de minimizarem a sua carga fiscal, beneficiando assim de taxas de tributação mais reduzidas, incluindo duplas deduções e deduções sem a devida inclusão. A globalização e o desenvolvimento de novas tecnologias fizeram com que os esquemas utilizados por esses grandes contribuintes se tornassem cada vez mais complexos e mais agressivos.

A OCDE trabalhou juntamente com o G20 para combater o planeamento fiscal agressivo, tendo como resultado a apresentação do Plano de Ação BEPS, para o combate à erosão da base e à transferência de lucros, um total de 15 ações, com o objetivo de colmatar as lacunas e as disparidades para evitar as duplas não tributações e as transferências de lucros, que poderiam constituir o planeamento fiscal agressivo e o abuso fiscal.

A Ação 2 do BEPS identificou os resultados indesejáveis causados pelos híbridos, sendo que os acordos de assimetrias híbridas (hybrid mismatches arrangements) são causados pelo uso abusivo das diferenças de tratamento para os efeitos fiscais de instrumentos e entidades entre dois países, com o propósito de obter uma dupla não tributação. Conforme previsto na Ação 2 do BEPS da OCDE, foram apresentados vários tipos de híbridos, como as



entidades híbridas<sup>208</sup>, entidades com dupla residência, híbridos decorrentes do uso de estabelecimento estável, que originam um resultado de dupla dedução ou uma dedução sem a devida inclusão, e as transferências híbridas.

A Ação 2 estabeleceu recomendações a serem seguidas, com a finalidade de neutralizar os efeitos das assimetrias híbridas (*neutralizing the effects of hybrid mismatch arrangements*). A União Europeia, por sua vez, salientou que as conclusões previstas no Projeto BEPS, deveriam encontrar soluções comuns, que deveriam ser flexíveis ao nível da UE, devendo estar de acordo com as conclusões previstas pela OCDE.

Com base nas Ações do BEPS, a União Europeia colocou em prática a elaboração de uma Diretiva que fosse eficaz e que estivesse coordenada com as medidas contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros, sendo que as novas regras estabelecidas deveriam reforçar o nível médio de proteção contra o planejamento fiscal agressivo no mercado interno, devendo ser seguidas por todos os Estados-Membros.

A Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece as regras contra as práticas de elisão fiscal com incidência direta no funcionamento do mercado interno, é a resposta prática dos resultados das 15 ações da OCDE contra o BEPS, na luta contra a prática de elisão fiscal. As assimetrias híbridas são consideradas, na ATAD 1, como resultado das diferenças que duas jurisdições fazem na qualificação jurídica de uma entidade, de um instrumento financeiro.

---

<sup>208</sup> Leopoldo Parada em seu artigo, *Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination*, ofereceu uma abordagem diferenciada da Proposta da OCDE, uma vez que segundo o mesmo a abordagem pragmática da OCDE em relação às incompatibilidades das entidades híbridas são questionáveis. Por isso defendeu a necessidade de uma coordenação na caracterização tributária das entidades híbridas como sendo uma nova alternativa adequada para substituir as atuais regras de vinculação feitas pela OCDE. Estão previstas no artigo, três alternativas específicas para o caso de hybrid entity mismatches, e por isso são explorados três cenários, nomeadamente “(1) *supremacy of the tax characterization rules of the source state*, (2) *supremacy of the tax characterization rules of the residence state* and (3) *supremacy of the tax characterization rules of the home state*.”. Foi chegada a conclusão que essa nova coordenação alternativa poderá ter resultados promissores. Intertax, Volume 47, Issue I, 2019.

E a diferença nessa qualificação jurídica acaba por gerar os efeitos das tais assimetrias, como uma dupla dedução ou uma dedução sem a devida inclusão. E as soluções encontradas pela ATAD 1 para resolver esses efeitos encontram-se no artigo 9º da Diretiva. Sendo assim, caso a assimetria híbrida resultar de uma dupla dedução, a dedução será apenas concedida no Estado-Membro em que o pagamento teve origem. Enquanto que nos casos em que uma assimetria resultar de uma dedução sem a devida inclusão, o Estado-Membro do pagador deverá recusar a dedução do pagamento.

Tal cenário, definido pela ATAD 1, previu medidas para serem aplicadas exclusivamente entre os Estados-Membros, embora não suficientemente extensa, uma vez que não é aplicada em relação a países terceiros. Era ainda necessário que se prosseguissem os trabalhos relativos às assimetrias híbridas existentes entre os Estados-Membros e os países terceiros. Posteriormente, foi introduzida a Diretiva (UE) 2017/952 ou ATAD 2, que tem como objetivo principal alterar a ATAD 1, no que diz respeito a assimetrias híbridas com países terceiros, estabelecendo regras com o intuito de neutralizar as assimetrias da forma mais abrangente possível.

A ATAD 2 abrangeu três tipos de incompatibilidades de entidades híbridas: as que resultam de uma dupla dedução, as que são resultado de uma dedução sem inclusão, previstas no artigo 9º, e, em terceiro lugar, as assimetrias híbridas inversas, previstas no artigo 9º-A. Essas incompatibilidades de entidades híbridas surgem pelo facto de os países as qualificarem de forma diferente.

Tanto a ATAD 1 como a ATAD 2 estão de acordo com os objetivos previstos na Ação 2 do BEPS. Embora seja evidente que a ATAD 2 se aproximou mais das recomendações do que a ATAD 1, esta desempenhou um papel muito importante no combate às assimetrias híbridas, para o qual forneceu as primeiras respostas, que foram consideradas fundamentais para neutralizar os efeitos dos híbridos dentro da União Europeia, tendo como base as recomendações da Ação 2 do BEPS.

A ATAD 1 forneceu apenas uma resposta primária para neutralizar os efeitos dos híbridos, na qual recomenda que os Estados-Membros deverão recusar uma dedução de um pagamento na proporção de que não seja incluído no rendimento que será tributável ao contribuinte do outro Estado. Com a adoção da ATAD 2, foram previstas a resposta primária e a resposta secundária, em conformidade com a Ação 2 do Projeto BEPS da OCDE. A resposta secundária prevista na ATAD 2, atualizou as regras que estavam ausentes na ATAD 1, proporcionando uma nova disposição na forma como os resultados deverão ser tratados.

A ATAD 2, com a previsão de uma resposta secundária, conseguiu cumprir com êxito os objetivos da Ação 2, o que foi previsto nas recomendações da Ação 2 ao implementar as recomendações na legislação da União Europeia. A mesma conseguiu incorporar corretamente a regra secundária como o objetivo de extinguir as incompatibilidades das entidades híbridas.

A regra primária considera que, caso a assimetria híbrida resulte numa dupla dedução, caberá ao Estado-Membro da residência do investidor a negação da dedução. No caso contrário, deverá ser aplicada a regra secundária que está em vigor na ATAD 2, segundo a qual deverá ser negada a dedução no Estado-Membro de residência do pagador. Por outras palavras, com a base na ATAD 2, a dedução deverá ser concedida apenas no Estado em que o pagamento teve origem. Na situação que envolva um país terceiro que resulte numa dupla tributação, o Estado-Membro deverá recusar a dedução do pagamento sem ter em consideração se os pagamentos tiveram origem num Estado-Membro ou num país terceiro.

A regra secundária prevista no artigo 9º, nº2 da ATAD 2 dá a possibilidade aos Estados-Membros de excluir a regra secundária com base no artigo 9º, nº4, alínea a). Por outro lado, essa possibilidade não se aplica às assimetrias híbridas inversas, uma vez que este artigo trata as entidades transparentes como residentes fiscais no Estado onde foram estabelecidas.

Foram apresentadas, além da medida prevista na ATAD 2 no que respeita as entidades híbridas inversas, outras duas medidas, como a proposta do CCCTB, que foi debatida na União Europeia. E a terceira medida foi introduzida pelo Instrumento Multilateral, em coerência com as medidas propostas pelo BEPS, relativas às convenções de dupla tributação, num contexto multilateral. Este instrumento poderá suscitar algumas preocupações, uma vez que, por exemplo, os Estados Unidos ainda não fazem parte do Instrumento Multilateral e porque dá aos Estados-Membros a possibilidade de reservas.

O Instrumento Multilateral já foi assinado por diversos países e, desde a sua conceção, mais países estão a aderir. Tal adesão mostra a importância que esse Instrumento possui no combate às estrutura tributárias agressivas, juntamente com a ATAD 1 e a ATAD 2, que abrange as assimetrias híbridas com países terceiros que estão a desempenhar um papel muito importante no combate às indesejáveis estruturas de assimetrias híbridas.

## **Bibliografia:**

ANTUNES, José Engrácia, *Os Instrumentos Financeiros*, Almedina, 2009.

ARENDONK, Henk van, 2017, the Year of the Dreamers; 2018, the Year of the Realists?, *EC TAX REVIEW*, Volume 27, Issue 1, February 2018.

ARNAUD ,de Graaf, Haan, Wilde, *Fundamental Change in Countries Corporate Tax Framework Needed to Properly Address BEPS*, *Intertax*, Volume 42, 2014, nº5.

ARNOLD, Brian, in Cooperation with IBFD's Tax Treaty Unit, *Hybrid Entities and the OECD Model (2017): The End of the Road? / Bulletin for International Taxation*, 2018.

BACHMANN, Carmen, Lahmann, *The Impact of Thin- Capitalization and Earnings Stripping Rules in the EU-15 on the Tax Shield*, European Financial Management Association, EFMA 2015 WORKING PAPERS, 2015.

BALCO ,Tomas, *European Union- ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive*, 2017, 57,nº 4, *European Taxation*.

CATARINO, João Ricardo, Tavares, *Finanças Públicas da União Europeia*, Almedina, 2012.

COURINHA, Gustavo Lopes, *Estudos de Direito Internacional Fiscal*, AAFDL Editora, 2015.

DOURADO, Ana Paula, *“Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”*, *Intertax*, Volume 43, Issue 1 2015.

DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2017.

DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal*, Almedina, 2ª edição, 2017.

DOURADO, Ana Paula, *The EU Anti Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?*, *Intertax*, Volume 44, Issue 6/7, 2016.

DOURADO, Ana Paula, *The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Developments*, *Intertax*, Volume, 45, Issue 3, 2017.

DOURADO, Ana Paula, Feria, *“Thin Capitalization and Outbound Investment: Thin Capitalization Rules in the Context of the CCCTB”*, *Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper Series*, WP 08/04, 2004.

DOURADO, Ana Paula, *The Role of CFC Rules in the BEPS initiative and in the EU*, Reprinted from *British Tax Review*, Issue 3, 2015.

DREBLER, Daniel, Uwe, *Empirical Evaluation of Interest Barrier Effects*, Discussion Paper No. 12-046, Center for European Economic Research, July 2012;

FORRESTER, Emily, *Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to Be Used in the Fight Against Harmful Tax Competition?*, *EC TAX REVIEW*, Volume 27, Issue 1, February 2018.

G.K., Gijs, Stevens, *Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II*, Volume 26, Issue 3, *EC Tax Review*, 2017.

GRAAF, Arnaud de, Visser, BEPS: Will the Current Commitments and Peer Review Model Prove Effective?, EC TAX REVIEW, Volume 27, Issue 1, February 2018.

GUTMANN, Daniel, Perdelwitz, *European Union- The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey*, Volume 57, Issue: *European Taxation*, nº1, 2017.

HELLEPUTTE, Charles-Albert, Bouvy, *Hybrid Mismatches: Game Over?*, *Tax Notes International*, may 8, 2017.

*International Tax Structures in the BEPS Era- An Analysis of Anti-Abuse Measures*, Volume 2, *IBFD tax Research Series*, 2015

KAHLENBERG, Christia, *Hybrid Entities: Problems Arising from the Attribution of Income Through Withholding Tax Relif- Can Specific Domestic Provisions be a Suitable Solution Concept?*, *Intertax*, Volume 44, Issue 2, 2016.

KINGSON, Charles I., *Preventing Earnings Stripping Equally*, *Tax Notes*, Volume 118, 2008.

LAGUNA, Félix Daniel Martínez, *Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-Taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain*, *Intertax*, Volumes 44, Issue 6 & 7, 2016.

MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, Universidade Católica, 2005.

NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, Almeida, 6ª edição, 2011.

OBERMAIER, Frederik, *Panama Papers, Breaking the Story of How the Rich e Powerful Hide their Money*, Oneworld Classics, 2017

O'BRIEN, Martha, Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law: the ECJ's rulings and unresolved issues, *British tax review*, Issue 6, 2008.

OCDE, Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, versão condensada, 216/ Cadernos de Ciências e Técnica Fiscal, Edição: Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros Autoridade Tributária e Aduaneira, Ministério das Finanças, 2015.

PARADA, Leopoldo, *Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach*, *Intertax*, Volume 46, Issue 12, 2018.

PARADA, Leopoldo, *Hybrid Entity Mismatches: Exploring Thee Alternatives for Coordination*, *Intertax*, Volume 47, Issue I, 2019.

PEREIRA, Ricardo Reigada, Direito Fiscal Internacional e Europeu, Centro de Estudos Judiciários, plano de formação continua, 2014-2015, E-Book, janeiro 2016.

POPA, Oana, *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, *IBFD Tax Research Series*, Volume 2.

PRATS, F.A. “ Qualification of hybrid financial instruments in tax treaties”, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, Vol. VIII, N.3, 2011 .

ROCHA, Sérgio André, *Countries's Agressive Tax Treaty Planning: Brazil Case*, *Intertax*, Volume 44, Issue 4, 2016.



RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia- Tributação Direta*, Almedina, 2018.

RUST, Alexander, *BEPS Action 2: 2014 Deliverable Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements and its compatibility with the non-discrimination provisions in tax treaties and the Treaty on the Functioning of the European Union*, *British Tax Review* (3), ePub Wu Institutional Repository, march 2017.

SANCHES, J.L. Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal- Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006.

SANCHES, J.L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2007.

SCHIPPERS, Martijn, Verhaeren, *Taxation in a Digitizing World: Solutions for Corporate Income Tax and Value Added Tax*, *EC TAX REVIEW*, Volume 27, Issue 1, February 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo, Galdino, *Action 2 and the Multilateral Instrument: Is the Reservation Power Putting Coordination at Stake?*, *Intertax*, Volume 46, Issue 2, 2018.

SEIDA, Jim A, Wempe, *Effective Tax Rate Changes and Earnings Stripping Following Corporate Inversion*, *National Tax Journal*, Vol. LVII, nº 4, December 2004.

STAHL, Kristina, *Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*, *EC TAX REVIEW*, Volume 13, Issue 2, 2004.

SZUDOCZKY, Rita, *The Sources of EU Law and their Relationships: Lessons for the Field of Taxation, Primary law, secondary law, fundamental freedoms and State aid rules*, 2013, University of Amsterdam, UvA Dare ( Digital Academic Repository).

TEIXEIRA, Manuela Duro, Estudos em memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, Volume V, 2011.

TERRA, Ben, Wattel, European Tax Law, Wolters Kluwer, sixth edition, 2012.

VERHOOG, Marlous, Breuer, Hybrid Entity Issues in a Tax Treaty Context: OECD Approach versus Actual Tax Treaties, Intertax, Volume 44, Issue 8 & 9, 2016.

XAVIER, Alberto, Direito Tributário Internacional, Almedina, 2º edição actualizada, 2017.

### **Outras fontes:**

- ECOFIN, Conselho de Assuntos Económicos e Financeiros Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/council-eu/configurations/ecofin/>
- *European Commission Strasbourg, 25.10.2016, SWD (2016) 341 Final, “Commission Staff Working Document- Impact Assessment: Accompanying the document Proposals for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base and a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Disponível: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/swd\\_2016\\_341\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/swd_2016_341_en.pdf)*
- *LuxLeaks, Resolução de 25 de novembro de 2015 do Parlamento Europeu, [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0408\\_EN.html?redirect](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0408_EN.html?redirect)*

- OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013. Disponível em: <http://transferpricinghub.com/wp-content/uploads/2017/07/OECD-Addressing-Base-Erosion-and-Profit-Shifting-BEPS-2013-02-12.pdf>
- OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>
- OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements, Tax Police and Compliance Issues*, march 2012. Acessível em: [https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf)
- OECD, *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*, 2014, *OECD Publishing*, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207790-pt>
- OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, *OECD Publishing*, Paris. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241138-en.pdf?expires=1572105064&id=id&accname=guest&checksum=47C5587D0E6369594B069958833D8420>
- OECD/G20, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*. Disponibilizado em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-branch-mismatch-arrangements-action-2\\_9789264278790-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-branch-mismatch-arrangements-action-2_9789264278790-en#page1)
- OECD/G20 *Base Erosion and Profit Shifting Project, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, *OECD Publishing*, Paris. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report\\_9789264241152-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page1)
- OECD, *BEPS Action 4: Interest Deductions and other financial payments, Public discussion drafts*, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, *OECD Publishing*, 2015, Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/aggressive/public-comments-action-4-interest-deductions-other-financial-payments-part2.pdf>

- *OECD, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241176-en.pdf?expires=1572376211&id=id&accname=guest&checksum=3FF2CD9ED5AB382557F4C7D4A9C8743D>*
- *OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments Action 4-2016 Update, Inclusive Framework on BEPS. Disponível: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264268333-en.pdf?expires=1572376517&id=id&accname=guest&checksum=BD383A559CEAF185867F84014A530B55>*
- *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10: 2015 Final Reports, Action 8- Intangibles, Action 9- Risks & Capital and Action 10- High-risk transactions. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports\\_9789264241244-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports_9789264241244-en#page1)*
- *Guidance for the development of synthesized texts, Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Measures to Prevent BEPS, BEPS ACTION 15, November 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-guidance-for-the-development-of-synthesised-texts.pdf>*
- (OECD 2019) Os Relatórios das 15 Ações estão disponíveis em: <https://www.oecd.org/ctp/beps-actions.htm>
- Proposta COM (2016) 26 final, “ (...) estabelece regras conta a prática de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno(...)” Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1464116150231&uri=CELEX:52016PC0026>
- *Rijksoverheid, Factsheet tax evasion and tax avoidance, Disponível em: <https://www.government.nl/documents/policy-notes/2018/03/01/factsheet-tax-evasion-and-tax-avoidance>*

- *Rijksoverheid, Start consultatie nieuwe wet tegen belastingontwijking (ATAD2)*. Disponível: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/10/29/start-consultatie-nieuwe-wet-tegen-belastingontwijking-atad2>
- *Spanish Tax Alert, La switch-over clause propusera por la Comisión Europea o cómo retroceder veinte años en materia de fiscalizad internacional*, Disponível em: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la-switch-over-clause-propuesta-por-la-comision-europea-o-como-retroceder-veinte-anos-en-materia-de-fiscalidad-internacional.pdf>

## **Legislação Europeia**

- Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32009L0133>
- Diretiva 2011/16/UE DO CONSELHO, de 15 de Fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Diretiva 77/799/CEE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0016&from=SK>
- Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, disponível na íntegra em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0096>
- Diretiva 2014/107/UE do Conselho de 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX3A32014L0107>
- Diretiva (UE ) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32016L1164>

[lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=pt](http://lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=pt)

- Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0952&from=PT>
- Convenção Multilateral para a aplicação das medidas relativas às Convenções Fiscais destinadas a prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>
- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) Tratado das Comunidades Europeias (TCE) Disponíveis em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF)

## Legislação Nacional

- Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>
- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. Disponível em: [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/codigos\\_tributarios/CIRC\\_2R/Pages/circ-codigo-do-irc-indice.aspx](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/CIRC_2R/Pages/circ-codigo-do-irc-indice.aspx)
- Lei Geral Tributária. Disponível em: [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/codigos\\_tributarios/lgt/Pages/lei-geral-tributaria-indice.aspx](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/lgt/Pages/lei-geral-tributaria-indice.aspx)
- Regime Especial de Tributação dos grupos de sociedade (RETGS). Disponível em: [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/codigos\\_tributarios/Cod\\_download/Documents/CIRC.pdf](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/Cod_download/Documents/CIRC.pdf)

- Lei nº32/2019. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/122217198/details/maximized>
- Proposta de Lei nº 177/ XIII. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734d5463334c56684a53556b755a47396a&fich=ppl177-XIII.doc&Inline=true>

### **Jurisprudência:**

- TJUE, 10.07.1998, C- 251/98, C. Baars. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45237&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8678975>
- TJUE, 22.10.2004, C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=66367&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8680441>
- TJUE, 06.05.2005, C-201/05, Test Claimants in the FII Group Litigation, Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68362&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8682506>
- TJUE, 21.01.2011, C-35/11, Test Claimants in the FII Group Litigation, Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131869&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8683120>

- TJUE, 03/05/2004, C-196/04, Cadbury Schweppes, Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=64126&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8684011>
- TJUE, 06.06.2012, C-282/12, Itelcar- Automóveis de Aluguer Lda. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144287&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8684659>
- TJUE, 31.12.2004, C- 524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=63358&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8685192>